

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO COMO
FORMA DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA”**

AUTOR:

Bach. DERBIB LORENZO YANGUA SANDOVAL

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PIURA-PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“TÍTULO”

**“LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO COMO
FORMA DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA”**

**LOS SUSCRITOS DECLARAMOS QUE EL PRESENTE TRABAJO
DE TESIS ES ORIGINAL EN SU CONTENIDO Y FORMA**



DRA. JACQUELINE SARMIENTO ROJAS

ASESORA



Bach. DERBIB LORENZO YANGUA SANDOVAL

TESISTA

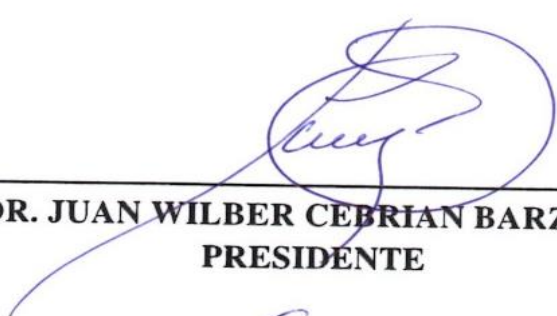
PIURA-PERÚ

2017


UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**“LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO COMO
FORMA DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA”**

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO



DR. JUAN WILBER CEBRIAN BARZOLA
PRESIDENTE



DR. GUILLERMO CEVALLOS LOPEZ
MIEMBRO



DR. GRIMALDO SATURDINO CHONG VASQUEZ
MIEMBRO

PIURA-PERÚ

2017



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DECANATO



"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

ACTA DE SUSTENTACIÓN POR TESIS

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos a las 10:00 horas del día Domingo 29 de Octubre del 2017 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para evaluar la Tesis titulada: **"LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA"**, presentada por el Tesista: **YANGUA SANDOVAL DERBIB LORENZO**, habiendo sido asesorado por la Doctora: Jacqueline Sarmiento Rojas; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, lo declaran:

APROBADO ☒

DESAPROBADO ()

El dictamen y calificaciones podrán ser, según Reglamento de Tesis:

Excelente

-

Sobresaliente

-

Notable

-

Bueno

Con la mención de:

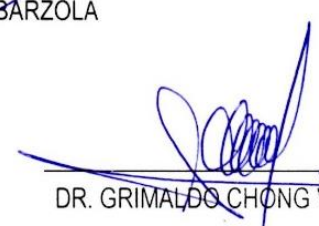
EXCELENTE

- ☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título de Abogado.
- ☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 29 de Octubre del 2017


DR. JUAN WILBER CEBRIAN BARZOLA
PRESIDENTE


ABOG. GUILLERMO CEVALLOS LOPEZ
MIEMBRO


DR. GRIMALDO CHONG VASQUEZ
MIEMBRO

DEDICATORIA

A mi amada hija Allison Gabriela, por alegrarme la existencia y motivarme con su sonrisa a salir adelante; a mi amada esposa Claudia, por el apoyo incondicional que siempre me brinda; a mis padres Alvaro y Blanca, por su ejemplo de fortaleza y esfuerzo incansable por darme lo mejor; a mis hermanos Bagner, Alvaro y Marco Antonio, por alentarme siempre.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios todo poderoso, por haberme dado la sabiduría y fortaleza para poder culminar con éxito esta investigación; a mis padres porque sin su amor y apoyo no sería quien soy; a mi esposa por alentarme cada día a seguir superándome; a todos mis familiares y amigos que estuvieron acompañándome a lo largo de este proceso, brindado su apoyo incondicional; a mis profesores de la Facultad que han contribuido a mi formación profesional; a la Dra. Jacqueline Sarmiento Rojas, quien con su asesoría, paciencia y dedicación se ha hecho posible el desarrollo y culminación de la presente tesis.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
INDICE GENERAL.....	VI
GLOSARIO.....	XI
LISTA DE ABREVIATURAS.....	XIV
RESUMEN.....	XV
ABSTRACT.....	XVI
 INTRODUCCIÓN.....	 17

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO.

1.1.1. Definición.....	20
1.1.2. Naturaleza jurídica.....	22
1.1.3. Fundamento y finalidad.....	24
1.1.4. Prescripción adquisitiva ordinaria.....	27
1.1.5. Posesión continua a título de propietario.....	28
1.1.6. Posesión pacífica.....	30
1.1.7. Posesión pública.....	31
1.1.8. Como propietario.....	32
1.1.9. Debe existir justo título.....	34
1.1.10. Buena fe.....	35
1.1.11. Prescripción adquisitiva extraordinaria.....	36
1.1.12. Bienes prescribibles e imprescribibles.....	38
1.1.13. Efectos de la prescripción.....	39
1.1.14. Importancia para la prueba de la propiedad.....	43
1.1.15. Usucapión como modo originario de adquirir la propiedad.....	44

1.2. LA HIPOTECA

1.2.1	Definición.....	47
1.2.2	Naturaleza jurídica.....	49
1.2.3	Características.....	50
1.2.4	Importancia económica.....	53
1.2.5	Formalidad de la hipoteca.....	54
1.2.6	Requisitos de validez.....	55
1.2.7	Bienes sobre los que recae la hipoteca.....	57
1.2.8	Extensión de la hipoteca en cuanto al bien.....	58
1.2.9	Partes integrantes.....	59
1.2.10	Partes accesorias.....	59
1.2.11	Indivisibilidad de la hipoteca.....	60
1.2.11.1	Consecuencias de la indivisibilidad.....	61
1.2.12	Relación con la reducción del monto de la hipoteca.....	62
1.2.13	Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito.....	63
1.2.13.1	El capital.....	63
1.2.13.2	Intereses.....	63
1.2.13.3	Primas del seguro y costas del juicio.....	64
1.2.14	Prohibición de pacto comisorio.....	65
1.2.15	Derechos del acreedor hipotecario.....	66
1.2.15.1	Derecho de Persecución.....	66
1.2.15.2	Derecho de Preferencia.....	66
1.2.15.3	Derecho de venta judicial.....	67
1.2.16	Efectos de la hipoteca frente a terceros adquirentes.....	68
1.2.17	La extinción de la hipoteca.....	70
1.2.17.1	Extinción de la obligación que garantiza.....	71
1.2.17.2	Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.....	73
1.2.17.3	Renuncia escrita del acreedor.....	73
1.2.17.4	Destrucción total del inmueble.....	74
1.2.17.5	Consolidación.....	74
1.2.17.6	Otro supuesto legal: extinción de la hipoteca por caducidad.....	75

1.3.PUBLICIDAD REGISTRAL

1.3.1 Definición.....	76
1.3.2 La publicidad material y la publicidad formal.....	77
1.3.2.1 Publicidad material.....	78
1.3.2.1 Publicidad formal.....	79
1.3.3 Principio de la fe pública registral.....	79
1.3.3.1 Definición.....	79
1.3.3.2 Requisitos.....	81
1.3.4 El tercero registral.....	81

1.4.- DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO Y EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.

1.4.1 Requisitos de la demanda.....	84
1.4.2 Emplazamiento al propietario.....	85
1.4.2.1 Efectos del emplazamiento.....	86
1.4.3 Contestación de la demanda.....	87
1.4.3.1 Efectos de la contestación de demanda.....	88
1.4.4 Emplazamiento al acreedor hipotecario.....	88
1.4.4.1 Causales de contradicción oponibles.....	92
1.4.5 Naturaleza de la sentencia que declara fundada la demanda.....	95
1.4.5.1 Clases de sentencias.....	96
1.4.5.2 Pronunciamientos de la Corte Suprema.....	97
1.4.5.3 Posición del Tesista sobre naturaleza de la sentencia.....	100
1.4.6 Efectos de la sentencia firme que declara fundada la demanda.....	103
1.4.6.1 Efectos retroactivos.....	103
1.4.6.2 Extinción de la hipoteca y otros gravámenes y cargas.....	106

1.5 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO Y EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO COMPARADO.

1.5.1 En la Legislación Colombiana.....	109
1.5.2 En la Legislación Argentina.....	111
1.5.3 En la Legislación Española.....	112
1.5.4 En el derecho Anglosajón.....	113
1.5.5 En la Legislación Italiana y Alemana.....	114

CAPÍTULO II: DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	117
2.2. OBJETIVOS.....	118
2.2.1. Objetivo General.....	118
2.2.2. Objetivos Específicos.....	119
2.3. HIPÓTESIS GENERAL.....	119
2.3.1. Variables.....	119
2.3.1.1. Variable Independiente.....	119
2.3.1.2. Variable Dependiente.....	120
2.3.2. Conceptualización de variables.....	120
2.3.3. Operacionalización de variables.....	123
2.4. DISEÑO O CRITERIO METODOLÓGICO.....	125
2.4.1. Para la probanza jurídico – doctrinal.....	126
2.4.2. Para la probanza jurídico – social.....	127

CAPÍTULO III: PROBANZA DE LA HIPOTESIS, RESULTADOS Y DISCUSION

3.1. PROBANZA JURÍDICO DOCTRINAL.....	129
3.3. PROBANZA DE LA HIPÓTESIS / CONTRASTACIÓN DE LA VARIABLE V1 CON LA VARIABLE V2.....	146
CONCLUSIONES.....	148
RECOMENDACIONES Y APORTES.....	151
BIBLIOGRAFÍA.....	153
ANEXOS.....	156
APÉNDICE.....	161

GLOSARIO

- **ACREEDOR HIPOTECARIO:** Aquel acreedor que tiene su crédito garantizado mediante una hipoteca constituida a su favor e inscrita sobre un inmueble propiedad del deudor o de un tercero garante.
- **DERECHO:** La palabra proviene del vocablo latino directum, que significa no apartarse del buen camino, seguir el sendero señalado por la ley, lo que se dirige o es bien dirigido. En general se entiende por Derecho, conjunto de normas jurídicas, creadas por el estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento esta prevista de una sanción judicial.
- **DESARROLLO:** Impulso progresivo y efectiva mejora cuando de los pueblos y sistemas políticos y económicos se trata.¹
- **HIPOTECA:** Para Planiol- Ripert y Becque, la hipoteca consiste esencialmente en la afectación con preferencia y su desplazamiento, de un bien particular separado del conjunto del patrimonio del que forma parte, al cumplimiento de una deuda determinada quedando ese bien por otra parte, sujeto al derecho de prenda genérico propio de todas las obligaciones del dueño.

¹ OSSORIO Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica. P. 316

- **PONDERACIÓN:** La ponderación es la manera de aplicar los principios y resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios y razones que jueguen en sentido contrario.²

- **POSESIÓN:** Según el Código Civil peruano la posesión es el ejercicio de uno o más poderes inherentes a la propiedad; es así que el mismo código prescribe que son poderes inherentes a la propiedad: uso, disfrute, a la disposición y reivindicación.

- **PRINCIPIO.-** Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte. Máxima, norma, guía.

- **PROPIEDAD:** El artículo 923° del Código Civil prescribe que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Tomando como referencia a Vásquez (1996), nos explica que en la doctrina moderna se consideraba al Derecho de propiedad (como a todo Derecho subjetivo), como el poder unitario más amplio sobre la cosa, como un señorío global, donde las llamadas facultades o Derechos del propietario no son una serie de sumados cuya adicción constituya la propiedad, sino solo aspecto parciales del señorío total que esta es.

- **PUBLICIDAD REGISTRAL:** La publicidad, en sentido amplio y general, es el conjunto de medios que se emplean para divulgar y extender el

² BERNAL PULIDO Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", Materiales de enseñanza de derecho constitucional de la academia de la magistratura. X curso de capacitación, Pg.87

conocimiento o noticia de determinadas situaciones o acontecimientos, con el fin de hacerlo llegar a todos, de modo que estos, en cuanto objeto de publicidad, adquirirán la calidad o estado de públicas; esto es, serán notorias, manifiestas y patentes para todos.

- **REGLAMENTO:** Conjunto de normas jurídicas emanadas de la Administración para la regulación de una materia.
- **RETROTRAER:** Efecto jurídico que surte un acto desde la fecha anterior a la real, ya sea por mandato de la ley o por acuerdo entre las partes.
- **SEGURIDAD JURÍDICA:** La seguridad jurídica «establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho. Supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento.³
- **USUCAPIÓN:** Para Albaladejo señala que la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio es la adquisición de dominio u otro derecho real posible, por la posesión continuada del mismo durante el tiempo y con las condiciones que fija la ley como un modo de adquirir la propiedad.
- **USUCAPIR:** Adquirir un bien por prescripción adquisitiva.
- **USUCAPIENTE:** Aquel que adquiere un bien por prescripción adquisitiva.

³ Enciclopedia Jurídica. Edición 2014. Recuperado de <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/seguridad-juridica/seguridad-juridica.htm>

LISTA DE ABREVIATURAS

- **C.C** : Código Civil.
- **C.P.C** : Código Procesal Civil.
- **CONST.** : Constitución Política del Perú
- **C.P.CONST.** : Código Procesal Constitucional.
- **PÁG.** : Página.
- **ART.** : Artículo.
- **CAS.** : Casación.
- **P.J** : Poder Judicial.

RESUMEN

En el código civil peruano, no se ha regulado expresamente cuales son los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio frente a la hipoteca y otros gravámenes y cargas que pudieran existir sobre el inmueble materia de usucapición; vacío normativo que genera la confrontación entre los derechos que confiere la hipoteca al acreedor hipotecario, frente al derecho de propiedad del usucapiente que adquiere la propiedad vía prescripción adquisitiva de dominio; no se ha determinado si el usucapiente adquiere la propiedad asumiendo todas las cargas y gravámenes que pesan sobre el inmueble, o si por el contrario, éstas deben extinguirse y adquirir el inmueble libre de cargas y gravámenes.

La presente investigación pretende dar una solución jurídica a la falta de regulación que existe en nuestro código civil, que genera controversias entre el acreedor hipotecario y el usucapiente, buscaremos encontrar los argumentos jurídicos que permitan determinar si la prescripción adquisitiva de dominio constituye causal de extinción de la hipoteca y si la sentencia fundada y firme que así lo declara, título para su cancelación registral.

Palabras claves: Usucapición, usucapiente, hipoteca, acreedor hipotecario, sentencia fundada y firme, extinción de la hipoteca.

ABSTRACT

In the Peruvian civil code, it has not been expressly regulated what are the effects of the acquisition prescription of dominion against the mortgage and other liens and charges that could exist on the property matter of usucapión; a normative void that generates the confrontation between the rights conferred by the mortgage on the mortgage creditor, against the usucapiente that acquires the property via acquisitive prescription of the domain; it has not been determined whether the usucapiente acquires the property by assuming all the burdens and encumbrances on the property, or if, on the contrary, they must be extinguished and the property free of charges and encumbrances.

The present research aims to provide a legal solution to the lack of regulation that exists in our civil code, which generates controversies between the mortgagee and usucapiente, we will seek to find the legal arguments that allow us to determine if the acquisition prescription domain is a cause of extinction of the mortgage and if the well founded and firm decision that so declares, title for its registry cancellation.

Key words: Usucapión, usucapiente, mortgage, mortgage creditor, founded and firm judgment, extinction of the mortgage.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación versa sobre la prescripción adquisitiva de dominio como forma de extinción de la hipoteca, supuesto no regulado en el código civil peruano, vacío que ocasiona que en la práctica surjan controversias entre el acreedor hipotecario titular de una hipoteca constituida sobre el inmueble materia de usucapión, frente al usucapiente que adquiere la propiedad del inmueble hipotecado vía prescripción adquisitiva de dominio.

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir la propiedad debido al transcurso del tiempo, y es así como lo señalan expresamente los artículos 950° y 951° del Código Civil. Es un modo de adquirir la propiedad porque se produce en base a la transformación del poseedor en propietario de un bien a través del transcurso del tiempo, mediante la prescripción adquisitiva de dominio lo que se busca es reconocer como propietario de un inmueble a aquel que lo tuvo, utilizándolo como si fuera real dueño, durante un determinado lapso de tiempo y cumpliendo los requisitos establecidos en la ley.

De otro lado, la hipoteca como todos los derechos reales de garantía, es accesoria de una obligación, no puede existir sola, necesariamente debe ser existir una obligación garantizada por la hipoteca; asimismo conforme al artículo 1097° del Código Civil, la hipoteca otorga al acreedor garantizado los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado, concordante con el artículo el artículo 1117° del Código civil que establece: *“El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando la acción real.*

El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que este en poder de un tercero salvo disposición diferente de la ley.”

La presente investigación pretende dar una solución jurídica a ésta falta de regulación que existe en nuestro código civil, que genera controversias entre el acreedor hipotecario y el usucapiente, buscaremos encontrar los argumentos jurídicos que permitan determinar si la prescripción adquisitiva de dominio constituye causal de extinción de la hipoteca y si la sentencia fundada y firme que así lo declara, título para su cancelación registral.

Consideramos que la presente investigación beneficiara a los operadores jurídicos y la comunidad jurídica en general, quienes tendrán la posibilidad de dar un enfoque correcto cuando se presenten conflictos de esta naturaleza.

La presente investigación se divide en tres capítulos: En el primer capítulo de la investigación se desarrollará lo concerniente al marco teórico iniciando con los antecedentes y la descripción de las diversas instituciones y los pronunciamientos sobre el tema que forman parte del título de la presente tesis.

En el segundo capítulo se desarrollará el Diseño Metodológico el cual contiene la descripción del problema, la formulación del problema, la justificación, los objetivos, la hipótesis, las variables y el diseño metodológico a utilizar para la probanza de la hipótesis. Por último en el tercer capítulo se tendrá la probanza de la hipótesis y resultados y finalmente las conclusiones, recomendaciones, anexos y bibliografía

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO.

1.1.1 DEFINICIÓN.

La prescripción adquisitiva de dominio o también denominada usucapión, es el modo de adquirir el dominio de las cosas y derechos por la posesión continuada. El término usucapión en nuestro sistema jurídico es de origen latino, se tomó de la palabra usucapión, la cual se compone a su vez en las palabras usu capere, que significa adquirir por el uso.

En el Derecho Romano, se reconoció que la negligencia y falta de cuidado por parte del propietario en la conservación de sus bienes, aunado a un tiempo prolongado sin la utilización de los mismos, significa una especie de abandono por falta de interés en los mismos.

BONFANTE señala que la usucapión es un: "Modo por el cual la propiedad se adquiere mediante la posesión legalmente justificada y continuada también durante un período de tiempo legal". Del mismo modo GROSSO, acota: "Es la adquisición de la propiedad de una cosa por medio de la posesión, calificada legalmente y continuada por un período de tiempo legal".

En nuestro ordenamiento legal, esta institución se encuentra descrita en el artículo 950° del Código Civil, y encierra una suerte de sanción al propietario de un bien mueble o inmueble, en razón de que éste propietario no ejerce como corresponde

su derecho de propiedad sobre el bien, existe una especie de desinterés sobre el bien y además en la realidad fáctica existe otra persona que, en su lugar ejerce la posesión del bien. Es decir, en lugar del propietario hay otra persona que posee el bien y se comporta exactamente como si fuera el propietario, lo que en doctrina se ha venido a denominar el “animus domini”. Para el doctrinario Eugenio Ramírez, la usucapión es un modo de adquirir la propiedad por medio de la posesión continua, pacífica y pública, a título de dueño y por el tiempo (plazo) fijado por ley.

Según Mazeaud⁴, la usucapión es la adquisición, por el poseedor de una cosa, del Derecho de propiedad o de otro Derecho real sobre esa cosa, por efecto de la posesión prolongada. Para Cuadros⁵ la prescripción es el modo de adquirir la propiedad por la transformación de la posesión en Derecho de propiedad debido al transcurso del tiempo.

Según Diez-Picazo y Gullón, ⁶ la finalidad de la usucapión consiste en ser un medio de protección de aquellos adquirentes cuya adquisición fue irregular o derivada de un non dominus y a quienes se protege por consideraciones de seguridad pública convierten la apariencia iuris en realidad jurídica y hacen objetivamente inadmisibles la acción del verus dominus.

⁴ Citado por RAMÍREZ CRUZ, EUGENIO MARÍA (2004) Tratado de derecho reales. Tomo II, 2da. ed. Lima: Rodhas

⁵ CUADROS VILLENA, CARLOS FERDINAND (1995) Derechos reales. Tomo II. Lima: Editorial Cuzco

⁶ Citado por HINOSTROZA MINGUEZ, ALBERTO (2008) Procesos civiles relacionados con la propiedad y la posesión. Lima: Gaceta Jurídica.

En suma, la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por ley. Sirve además a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite las pretensiones jurídicas envejecidas. Nuestro ordenamiento civil señala que la adquisición de la propiedad por prescripción de un inmueble se logra mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años (denominada usucapión extraordinaria), en tanto que si media justo título y buena fe, dicho lapso de tiempo se reduce a cinco años (denominada usucapión ordinaria). (Fundamento 43 del Segundo Pleno Casatorio Civil).

1.1.2 NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva es la de ser un modo de adquirir la propiedad, que a su vez responde a la clasificación de ser originarios o derivados, algunos autores han discutido sobre si la usucapión es un modo originario o derivativo de adquirir el dominio, no obstante consideramos que la usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad, toda vez que no existe transferencia ni enajenación alguna, el usucapiente adquiere por el solo hecho de poseer, no porque reciba el bien de algún transfiere, es decir que no existe negocio jurídico alguno; en otras palabras, su derecho no tiene como base o apoyo el del anterior titular.⁷ Por ello

⁷ HERNANDEZ Gil, A. Obras Completas. Volumen II: La posesión. Espasa-Calpe, Madrid 1987, pág. 408 ss. En igual sentido el autor estima desacertado considerar a la usucapión un modo derivativo: “Un modo de adquirir es derivativo-dice. Cuando el derecho que se adquiere depende de otro anterior que corresponde al transmitente en razón de ello pasa al adquiriente. Un modo de adquirir es originario cuando falta la transmisión. Y es evidente que el derecho del usucapiente no se apoya en el derecho del anterior titular, sino que surge a pesar de su inexistencia o de la falta de poder de disposición. Precisamente porque el derecho del usucapiente no tiene por base el del anterior titular, se necesita la

también se señala que el usucapiente para adquirir su derecho necesita la posesión del bien, a través del transcurso del tiempo determinado en la ley y cumpliendo los requisitos que la misma señale para tal efecto.

La usucapión es un modo originario de adquirir el derecho de propiedad, por cuanto la adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir, el usucapiente no hace suyo el bien porque el que lo tenía se lo transfiriera-relación de causalidad-, sino que se convierte en titular del mismo- con independencia de que antes fue de otra persona- porque ha venido comportándose como un verdadero propietario. Es decir, la usucapión surge como consecuencia de un nuevo derecho, incompatible con el anterior, derecho que se establece sobre la cosa, por lo que el anterior propietario pierde el derecho que antes tuvo sobre la cosa.

Las adquisiciones originarias operan ex novo, ya que el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario. En tal sentido, aquí no interesa la regla *nemo plus iuris*, pues no existe acto de transmisión del primigenio hacia el nuevo titular, sino que este adquiere por sí solo y sin relación causal con el anterior. Por tanto, se produce un claro rompimiento del dominio, una especie de línea divisora por el cual el titular primigenio termina su historial, mientras el nuevo lo comienza sin vinculación con el pasado.

posesión y el transcurso del tiempo. Por tanto, entre el derecho del usucapiente y el del anterior titular no hay una verdadera razón de causalidad. El derecho que adquiere el usucapiente no está en función del anterior derecho: hay simplemente una relación cronológica; el derecho preexistía a favor de otro, pero la adquisición no se ha verificado en función o a causa del derecho precedente.

En las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quién es el propietario primigenio, pues el dominio igual se pierde; de allí que por definición teórica la adquisición derivada cede o es vencida siempre por la adquisición originaria, si en la primera el derecho está supedito a la titularidad del transmitente, y en la segunda no, entonces ésta última es superior porque opera en forma absoluta e irremediable, por tanto, la usucapión es más poderosa que el registro.

1.1.3 FUNDAMENTO Y FINALIDAD.

La usucapión pone fin a la incertidumbre o apariencia del derecho, puesto que es la realidad misma. No se trata de una renuncia presunta, sino prácticamente expresa. Al no accionar el propietario (negligente) contra el usucapiente, éste es quien goza y usufructúa el bien. Desde esa perspectiva, la usucapión constituye uno de los soportes fundamentales de todo sistema jurídico. Además de otorgar seguridad jurídica a las personas, contribuye a la paz social, a la justicia, estabiliza las relaciones entre las personas.⁸ Cabe señalar que González Linares⁹ al referirse al tema de la prescripción que encuentra los fundamentos en las razones siguientes:

1.- En la prescripción tenemos la presencia de una institución de orden público, nos acota que el Estado tiene un alto interés en liquidar situaciones o relaciones jurídicas que causen inseguridad dentro de la interacción social. Es como el Estado armoniza o enlaza el interés público con el interés privado.

⁸ RAMIREZ CRUZ, Eugenio. Tratado de derechos Reales Tomo I: Posesión, Editorial Rhodas, Lima 1996.pág.387

⁹ GONZALEZ LINARES, Nerio. Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales. Editorial Palestra. Lima 2007, pág. 376 y 377

2.- En poner término o fin a la prolongada o dilatada actitud negligente del acreedor ante la oportuna reclamación de su derecho crediticio frente al deudor.

Asimismo, conforme a autorizada doctrina española, la usucapión es considerada una institución de derecho público, como aseguradora de la propiedad, y se funda en la presunción de que abandona su derecho él que no lo ejercita durante mucho tiempo. (BORRELL Y SOLER, Antonio M. Derechos Reales .España: Editorial BOSCH; 1944. p 92.).

MESSINEO (Manual de Derecho Civil y Comercial, 1954, p. 132), señala: “el fundamento jurídico de la usucapión reside en la incuria que el propietario-anterior-pone en el ejercicio del propio derecho, en contra de la ajena actividad de goce que se manifiesta en la prolongada y no interrumpida posesión y que sirve para poner en valor, con beneficio para la generalidad, el bien que ha dejado infructuoso o inactivo el propietario. Del ejercicio prolongado del derecho nacen la adquisición y la titularidad del mismo”.

Del mismo modo, PAPAÑO (Derechos Reales, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 895), afianza la razón de ser de la usucapión, al señalar que tiene su fundamento en la presunción de abandono de la cosa por parte del propietario. Sabemos que éste conserva su propiedad aunque no realice sobre la cosa actividad alguna, pero si otro la posee durante el tiempo requerido por ley para adquirirla por prescripción, aunque no estuviera en conocimiento de aquella posesión, la ley considera su inacción

como abandono de la cosa y, consecuentemente permite que se adjudique al poseedor, por que fue él quien ejerció de facto la posesión del bien.

En palabras del maestro GONZALES BARRÓN (Derechos Reales. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 84), la usucapión puede catalogarse como hecho jurídico preclusivo, esto es, que pone fin a los debates interminables sobre la legalidad de las adquisiciones, pues dentro de un razonable marco de tiempo transcurrido el derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobrevive ningún interés jurídico que solicite su garantía (el del antiguo dueño); y más bien se manifiesta como preferente el interés encarnado por la situación de hecho presente (el del poseedor). Entonces, para superar este conflicto, el ordenamiento crea un mecanismo de prueba absoluta de la propiedad por la que todos los debates potenciales o reales sobre la titularidad de los bienes quedan concluidos.

De la misma opinión, es ALBALADEJO quien señala que: *“El fundamento de la usucapión se halla en la idea (acertada o no, pero acogida por nuestra ley) de que, en aras de la seguridad del tráfico, es, en principio, aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado. Todo lo demás, que se diga sobre el fundamento de la usucapión, son músicas”*. Por tanto, la usucapión busca poner punto final, cierre y clausura a los debates sobre la titularidad de los derechos; por esa razón, se le considera un hecho jurídico preclusivo, que agota la controversia sobre el dominio.

Consideramos que, el real fundamento de la usucapión es el significado constituyente de la apariencia como única realidad del derecho y de la propiedad. La usucapión es mucho más que un medio de prueba de la propiedad o instrumento de seguridad del tráfico, es la realidad (única realidad) misma de la propiedad. Por eso se dice, que la usucapión es una consecuencia necesaria de la protección dispensada a la posesión. Es por eso, cuando la posesión se alía con el tiempo y la gestión de los bienes, termina triunfando la posesión que genera un característico y definitivo derecho real. En ese sentido, la usucapión representa también la superposición del hecho sobre el derecho.¹⁰.

1.1.4 PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA.

El periodo para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio de bien inmueble queda reducido a cinco años cuando el bien objeto de usucapión haya llegado al usucapiente por transferencia que se le haya hecho por quien no era propietario, siempre que la adquisición de la posesión haya ido acompañada de la buena fe del adquirente; y derive de un título (iusta causa usucapionis) que, aunque proveniente del no propietario, sea idóneo para transferir la propiedad, por ser válido en cualquier otro respecto, y haya hecho público debidamente.

MESSINEO concibe a la buena fe para usucapir como la ignorancia de lesionar el derecho ajeno, o sea ignorando que adquiere a non domini. Además recalca que el

¹⁰ Fundamentos 41, 42 y 43 del Sentencia del Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque (Segundo Pleno Casatorio Civil-2009)

plazo abreviado para la usucapión “está justificado por el estado de buena fe del adquirente, por la presencia del título de adquisición (aunque en concreto sea idóneo para determinar la adquisición) y por la transcripción realizada del título, que pone al verdadero propietario en situación de conocer la transferencia realizada y de interrumpir eventualmente la usucapión. Pero recuérdese que el título de adquisición y la buena fe son elementos distintos entre sí; y no se puede decir que la buena fe (como ignorancia de lesionar el derecho ajeno) pueda considerarse como efecto del título. En cambio, la buena fe trae su origen de circunstancias exteriores, concomitantes con el título, no del título en sí. El título justifica no la buena fe, sino la posesión, respecto del causante, concurriendo, en tal justificación, con la buena fe indicada”.

La prescripción adquisitiva corta se encuentra clasificada dentro de los modos originarios de adquirir la propiedad; en la misma línea de pensamiento de Messineo, esta constituye una derogación al principio “*nemo plus iuris*”; el usucapiente hace una adquisición que su causante (*non dominus*) no podría hacer y, precisamente por eso, también ella es modo de adquisición originario. No puede llamarse traslativa debido a que, el usucapiente no es (pese a cualquier apariencia en contrario) un causahabiente y, por consiguiente, respecto de él, no se opera ninguna “transferencia”.

1.1.5 POSESIÓN CONTINÚA A TÍTULO DE PROPIETARIO.

Es la que se ejerce sin interrupciones, sin lagunas, ésta posesión es la que se ejercita sin solución de continuidad en el tiempo, es decir, que no tenga interrupciones o vacíos o intermitencias, empero, no es necesario que la posesión se ejerza

permanentemente, en todos los momentos (art. 904° C.C.), ni tampoco personalmente, es la llamada *continuatio possessionis*, toda vez que se considerará también posesión continua cuando se produzca la interrupción por privación del goce del bien (interrupción natural) o también por la citación con la demanda (interrupción civil).

Para el Código Civil, la posesión será también continua: a) Cuando, habiendo interrupción, ésta no sea mayor a un año. Esta se fundamenta en el principio de anualidad interdictal, o sea en el plazo de un año que tiene el poseedor perjudicado o despojado para interponer un interdicto, o incluso para rechazar los que se promuevan contra él (art. 921° C.C.); y, b) Cuando, a pesar de que la interrupción dure más de un año, la posesión resulta restituida por sentencia que así lo declara (art. 953°). En síntesis, habrá posesión continua; a) Cuando ella se tiene o ejerce sin interrupción, b) Cuando la interrupción es menor de un año, o c) Cuando durante más de un año, ésta le es restituida por sentencia.

La Corte Suprema, ha señalado que la continuidad de la posesión es la que se ejerce sin intermitencias, es decir sin solución de continuidad, lo cual no quiere decir que nuestra legislación exija la permanencia de la posesión, puesto que se pueden dar actos de interrupción como los previstos por los artículos 904° y 953° del Código Civil, que vienen a constituir hechos excepcionales, por lo que, en suma, se puede decir que la posesión continua se dará cuando ésta se ejerza a través de actos posesorios realizados en la cosa sin contradictorio alguno, durante todo el tiempo exigido por ley.¹¹

¹¹ Fundamento 44 de la Sentencia del Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque (Segundo Pleno Casatorio Civil-2009)

1.1.6 POSESIÓN PACÍFICA.

La posesión para la usucapión también tiene que ser pacífica porque una posesión adquirida o mantenida por todo el tiempo de la prescripción por medio de la fuerza o la violencia no permite la adquisición del Derecho, habiéndose entendido por violencia no solo las vías de hecho sino también la violencia moral.

La prescripción adquisitiva de bienes poseídos por la fuerza o por la violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiese purgado el vicio de la posesión, lo que a nuestro juicio sucede al haber cesado la fuerza o la violencia, porque es solo al cabo de ese tiempo que el poseedor vicioso no tendrá contradictor en su posesión, al haber perdido el despojado la acción posesoria que le hubiera permitido recuperar el bien.

Posesión pacífica, entonces es la posesión libre o exenta de violencia, ello implica que tanto la adquisición como la continuidad o continuación de la posesión deben fundarse en la no utilización de la fuerza o violencia, por ello la pacificidad se entiende como lo opuesto a la violencia.

Al respecto, hay quienes encuentran discrepancia en cuanto a si la interposición de un proceso judicial (como desalojo, reivindicación, etc.) durante el tiempo prescriptivo eliminaría el elemento de la pacificidad; sin embargo, creemos acertada la posición que sostiene Gunther Gonzales al decir que, "la posesión pacífica no significa que esta sea "in controvertida", ya que este requisito no es requerido por la norma. Los actos tales como las puestas en mora, las tratativas, la interposición de una acción

reivindicatoria, no tienen relación con el carácter de pacificidad, señalando el citado autor que la reivindicatoria o cualquier otra acción de tutela de propiedad, lo que logran es interrumpir la usucapión, pero no eliminan la posesión".

La Corte Suprema ha señalado en el Segundo Pleno Casatorio Civil que *la posesión pacífica se dará cuando el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza; por lo que, aún obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas.*¹². Siendo esto así, en el Segundo Pleno Casatorio Civil se ha dejado sentado que la posesión pacífica se refiere a la falta de violencia actual, en ningún momento la Corte Suprema hace alusión a que la interposición de una demanda de reivindicación o desalojo denote falta de pacificidad.

1.1.7 POSESIÓN PÚBLICA.

La posesión pública como requisito de la prescripción adquisitiva o usucapión es tratada por Hernández (citado por Hinostroza, 2008) tal como lo señala: Hay una cierta redundancia al añadir a la palabra posesión la palabra pública porque a la posesión le es inherente una función de publicidad, toda la teoría de la posesión muestra a esta como una exterioridad o una exteriorización, la posesión es visible, perceptible sensorialmente, mucho más que los derechos o que el propio Derecho a la posesión.

En esa asequibilidad que tiene para ser captada desde fuera descansa en gran medida la razón de ser de la protección, el mundo de los derechos se revela mucho

¹² Fundamento 44 de la Sentencia del Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque (Segundo Pleno Casatorio Civil-2009)

menos al exterior y tiene un trasfondo de interioridades que son siempre las decisivas. La función de legitimación, fundada en la apariencia, que desempeña la posesión, descansa en la publicidad que le es implícita, los efectos jurídicos más importantes derivados de la posesión, que la trascienden hasta el punto de engendrar derechos, descansan en lo que la posesión muestra y en la creencia que funda en los observadores de buena fe, por eso se equipara en algunos aspectos la publicidad posesoria a la publicidad registral, el propio adquirente por usucapión reputa al transmitente con poder de disposición en virtud de la que aparece al exterior.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalada en el Segundo Pleno Casatorio Civil que *la posesión pública será aquella que, en un primer lugar resulte, evidentemente, contaría a toda clandestinidad, lo que implica que sea conocida por todos, dado que el usucapiente es un contradictor del propietario o poseedor anterior, por eso resulta necesario que la posesión sea ejercida de manera que pueda oponerse a ella si ésta es su voluntad. Si ellos pudieron conocer esa posesión durante todo el tiempo que duró, y no lo hicieron, la ley presume en ellos el abandono y la posesión de usucapiente se consolidada.*¹³

1.1.8 COMO PROPIETARIO

Como propietario, puesto que se entiende que el poseedor debe actuar con animus domini sobre el bien materia de usucapión. Al decir de Hernández Gil, la posesión en concepto de dueño tiene un doble significado, en su sentido estricto, equivale a comportarse el poseedor como propietario de la cosa, bien porque lo es, bien

¹³ Fundamento 44 de la Sentencia del Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque (Segundo Pleno Casatorio Civil-2009)

porque tiene la intención de serlo. En sentido amplio, poseedor en concepto de dueño es el que se comporta con la cosa como titular de un derecho susceptible de posesión, que son los derechos reales, aunque no todos, y algunos otros derechos, que aún ni siendo reales, permiten su uso continuado.

Según DIEZ PICAZO, “hay una posesión en concepto de dueño cuando el poseedor se comporta según el modelo o el estándar de comportamiento dominical y cuando el sentido objetivo y razonable derivado de este comportamiento suscite en los demás la apariencia de que el poseedor es dueño”. Es bueno destacar que el animus domini no puede quedar circunscrito al ámbito psicológico del poseedor, y es que la intención de éste debe materializarse a través de su comportamiento en no reconocer otra potestad superior, el animus domini es la voluntad de sujetar el bien como sujeta el titular del derecho real.

El “animus domini”, como elemento subjetivo, se refiere a la intencionalidad de poseer el bien para sí, esto es, el comportarse como propietario. Así, la doctrina ha señalado que “El animus domini no lo tienen los poseedores cuya causa posesoria no sea en concepto de dueño, como es el caso de quienes poseen como arrendatarios, -comodatarios, depositarios, etcétera (...)” (1 Gonzales Barrón, Gunther (2003) Curso de derechos Reales.. Jurista Editores, Lima, p515.).Por tanto, no se cumple con éste requisito cuando el poseedor tiene una determinada relación contractual con el propietario, o un tercero por el cual adquirió la posesión inmediata, constituyéndose el transferente en poseedor mediato.

El animus domini no lo tienen los poseedores cuya causa posesoria no sea en concepto de dueño, como es el caso de quienes poseen como arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc. En el caso de haber una relación jurídica de posesión mediata e inmediata, entonces el poseedor superior podría estar habilitado para usucapir siempre que no reconozca un titular de mayor grado que él. Tampoco tienen animus domini los servidores de la posesión, ni los detentadores esporádicos o tolerados del bien, quienes ni siquiera llegan a convertirse en poseedores.

1.1.9 DEBE EXISTIR JUSTO TITULO

El justo título es la causa eficiente para transmitir el dominio creado por quien carecía de Derecho de propiedad sobre el bien, o por quien carecía de capacidad para transmitirlo válidamente, es pues, un título imperfecto, más que un “justo título”, denominación que censuramos por el error y la contradicción entre lo justo y lo imperfecto o incompleto (Cuadros, 1995). Deriva de un acto jurídico que implica una propiedad aparente ya que da la impresión de transferencia real del dominio, sin embargo el disponente no tiene condiciones de propietario, quiere decir un instrumento de orden legal destinado a la transmisión de la propiedad (la compraventa, permuta, partición, dación en pago, el aporte a la formación de capital de una sociedad, la herencia y el legado, entre otros) (Arias-Schreiber, 1993).

El justo título para la usucapión ordinaria debe ser cualquier acto o negocio jurídico dirigido a la adquisición, debe tratarse de un acto traslativo cuya finalidad sea la salida de un bien del patrimonio de otro, por esta razón, se descarta el testamento, y

más todavía la sucesión intestada o legal, ya que los actos por causa de muerte individualizan al adquirente, antes que producir realmente un traslado del Derecho, por lo que para estos fines no se consideran un acto traslativo.

En consecuencia, el justo título será cualquier acto o negocio jurídico a título particular (no universal, como la herencia) cuya finalidad sea la transferencia de la propiedad, siempre que sea válido, por lo que su único defecto está circunscrito a la falta de poder de disposición del transmitente. Por tal motivo, el defecto del título será subsanado a través de la posesión como buena fe por el plazo correspondiente.

1.1.10 BUENA FE.

El poseedor deberá haber actuado de buena fe, esto es, teniendo la convicción de ser el legítimo propietario del bien que posee. Conviene señalar que la buena fe no constituye simplemente un estado anímico o subjetivo, sino que debe corresponder a un elemento causal, objetivo, cual es el justo título del que tratamos anteriormente. La buena fe presupone este título y se apoya en él. Faltando el justo título no existiría explicación racional de fenómenos anímicos. Reiteramos que el justo título es un requisito fundamental. Por él se controla la libre expresión de un estado de certeza que es, según se dijo, de naturaleza subjetiva y que de otro modo conduciría a innumerables problemas, por su imposibilidad de comprobación (Arias-Schreiber, 1993).

La buena fe, es la convicción que tiene el adquirente de la legitimidad de su título, es decir, que presume adquirir válidamente, de quien considere dueño. Esta presunción obedecerá a error de hecho o de Derecho. Consiguientemente, no habrá buena fe, si a sabiendas que quien no es dueño transfiere el bien se adquiere o si a sabiendas que el vendedor es menor de 18 años y carece de capacidad absoluta se adquiere. De acuerdo a las normas de posesión de buena y mala fe, la buena fe durará mientras el poseedor presume en la legitimidad de su título y esa presunción acabará en cuanto el poseedor tenga elementos que demuestren su ilegitimidad o sea emplazado a juicio (Cuadros,1995).

1.1.11 PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA.

Se trata de un modo de adquirir la propiedad de un inmueble, el mismo que debe ser poseído a título de dueño y en forma continua, pacífica y pública durante un lapso de diez años. Está regulada en el primer párrafo del artículo 950° del Código Civil, que literalmente estipula: la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. En rigor, según se desprende del texto, lo único que se exige es la posesión y el transcurso del tiempo (Según RAMIREZ CRUZ, porque la posesión no puede ser indefinida).

La usucapión extraordinaria (o larga) tiene como antecedente la llamada “prescripción por largo tiempo” (*longi temporis praescriptio*), cuyo fundamento no solo se encuentra en subsanar la falta de poder de disposición del transferente, pues, con esta figura se logra subsanar cualquier defecto del título, o incluso se consuman adquisiciones sin título. Por tanto, la usucapión extraordinaria es el remedio último

para regularizar situaciones de hecho largamente consolidadas por el paso del tiempo, y en las que se toma en cuenta los requisitos de orden jurídico-formal, pues basta la posesión continua, pacífica y como propietario. En este caso, lo único que juega es la apariencia fáctica y su continuidad, mas no la apariencia legal; por lo que la posesión de larga data, sin requisitos legales de orden formal, puede convertirse en el mejor título.

La usucapión no está pensada para proteger al poseedor de mala fe, sino a cualquier poseedor cuya apariencia sea compatible con comportamiento análogo al de un titular, según el ámbito social en el cual se desenvuelve, y al margen de cualquier condicionamiento jurídico-formal. En efecto, es perfectamente posible que un poseedor cuente con buena fe-psicológica, esto es, que íntimamente haya actuado conforme a derecho, pero en realidad su conducta fuese negligente, por lo que en el estricto marco jurídico tendrá mala fe.

Bien puede decirse que la posesión por un plazo muy extendido hace innecesario la buena fe o el título, pues el transcurso del tiempo es mejor aliado para borrar el pasado y consolidar el presente. En forma metafórica se alega que el poseedor de la usucapión extraordinaria ya no necesita exhibir título alguno; de manera similar al poseedor que no necesita invocar derecho alguno para mantener o conservar su estado a través de los interdictos. Algunos códigos civiles, como el chileno y el colombiano, llegan a establecer la ficción que el plazo extraordinaria hace “presumir la buena fe”, lo que en realidad significa que el poseedor ya no necesita probar la existencia de título alguno, y que su adquisición queda consumada. . (Gonzales, 2013)

1.1.12 BIENES PRESCRIBIBLES E IMPRESCRIBIBLES.

La usucapión funciona tanto sobre los bienes inmuebles cuando sobre los muebles, siendo diversos los períodos de posesión que se exigen para usucapir ambas clases de bienes. Empero, en cuanto a los segundos, el campo de aplicación es muy reducido, pues ya se ha explicado la regla según la cual la posesión de buena fe de los muebles, crea o equivale a la propiedad (artículo 948 CC).

Los bienes que no pueden ser objeto de propiedad privada no son susceptibles de posesión, y por ende, de usucapión. Sucede así con los bienes muebles e inmuebles de dominio público del Estado:

1. Los bienes de dominio público (artículo 73° de la Constitución)
2. Los recursos naturales
3. Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales. Todos ellos son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública.

1.1.13 EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.

EFECTO ADQUISITIVO

El efecto directo de la usucapión es la adquisición de la propiedad por parte del usucapiente; en consecuencia, tenemos la pérdida del derecho de propiedad por parte del anterior titular e imposibilidad de ejercitar, por su parte, la acción de declaración de certeza de reivindicación; ello, aun cuando ésta y la propiedad sea, de por sí, imprescriptible.

MESSINEO nos recuerda que, los dos efectos se producen ex lege, sin necesidad de pronunciamiento judicial, el usucapiente podrá considerar conveniente provocar una sentencia que declare la usucapión ocurrida; pero, también sin la sentencia, la usucapión puede hacerse valer bajo forma de excepción, oponible al antiguo propietario y, con mayor razón, a los terceros, es decir, la usucapión surte efecto de manera automática con el simple transcurso del tiempo; puesto que, no requiere ser pronunciada por autoridad judicial o funcionario administrativo.

Asimismo, los artículos 950° y 951° de nuestro C.C, establecen que la propiedad se adquiere con la posesión cualificada y por el término legal, sin necesidad de exigencia o investidura formal por parte del juez o funcionario público.

EFEECTO RETROACTIVO

Para MAZEUD este efecto, “resulta que los actos celebrados por el poseedor, durante el plazo de usucapión, se encuentran convalidados; y que el poseedor es propietario, retroactivamente de todos los frutos percibidos, incluso de mala fe, en el transcurso de ese plazo, la usucapión lleva a adquirir el derecho del titular precedente en el estado en que se encontraba al comienzo de la posesión”.

Así también, Manuel ALBADEJO refiere, el usucapiente se convierte en titular del derecho de propiedad al final del plazo, pero éste le es reconocido como si le correspondiese desde el principio. Es decir, se reconocería a la usucapión la capacidad de generar la ficción por la cual la propiedad del bien pertenecía al poseedor vencedor desde el inicio de su posesión.

Para RAMIREZ CRUZ el fundamento de este efecto retroactivo, es que, tiende a consolidar los actos que, como titular (sin aun ser reconocido) de tal derecho, realizó aquel durante el transcurso de la usucapión y si los efectos de su adquisición solo se dieran a partir de que se produce la declaración, aquellos actos serían atacables en cuanto se presumiría que fueron realizados por quien no tenía derecho para realizarlos. Por tanto, esta regla tiene por finalidad proteger a los terceros que, en razón de la apariencia, hayan tratado con el poseedor; esta retroactividad origina las siguientes consecuencias:

- El poseedor usucapiente, aunque se probara su mala fe, no está obligado a restituir o pagar los frutos del bien.
- Los derechos reales otorgados por el usucapiente resultan válidos y firmes.
- Los derechos reales constituidos por el dueño anterior, durante el curso de la usucapición serían nulos, porque fueron convenidos por quien no era dueño del inmueble, toda vez que se considera como propietario al usucapiente desde que se inició su posesión.

Sin embargo, debemos acotar que en nuestro ordenamiento jurídico no se prevé expresamente la eficacia retroactiva de la prescripción adquisitiva. Por el contrario existen algunos sistemas jurídicos que si regulan la retroactividad, tal como ocurre con el Código Civil de Portugal. (*Art. Retroactividad de la usucapición.- Invocada la usucapición, sus efectos se retrotraen a la fecha del inicio de la posesión.*). La doctrina Portuguesa (*Pires de Lima y Antunes Varela*) aclara que en los casos de usucapición ordinaria, la retroactividad de la usucapición se computa a partir de la posesión, y no a la fecha del título¹⁴.

EFFECTO SOBRE CARGAS Y GRAVAMENEN QUE RECAEN SOBRE EL BIEN:

Para GONZALES BARRÓN, la doctrina debate desde hace buen tiempo, si la usucapición conlleva la extinción, o no, de los derechos reales menores o las cargas que gravasen el bien. Algunos doctrinarios, responden afirmativamente,

¹⁴ Gunther Gonzáles Barrón, "La Usucapición, Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio", Jurista Editores, Tercera Edición, pg. 365.

sustentándose en el carácter originario, y no derivativo, de la prescripción adquisitiva de dominio, hecho que daría lugar a la extinción de todos los derechos menores, pues el objeto de la prescripción de dominio es que la cosa se adquiere fuera de todo obstáculo anterior. Ésta sería la solución lógica por la naturaleza originaria de la usucapión, pues con ello se rompe la historia previa de dominio, por lo que no parece razonable la subsistencia de las cargas referentes a un dominio, que precisamente se cancela y extingue.

Éste efecto de extinción de cargas y gravámenes que produce la prescripción Adquisitiva de dominio, es lo que en doctrina se denomina *Usucapio Libertatis*, esto es, la usucapión como medio para liberarse de los gravámenes; sin embargo cabe señalar que dicho efecto en el Código Civil Peruano se encuentra limitado, pues el artículo 952 del C.C. señala que “*La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.*”, pero expresamente no dice nada de que se deban cancelar las inscripciones de los titulares de los derechos reales menores o del acreedor hipotecario; por tanto es evidente que existe un vacío en la ley que expresamente no regula la extinción de cargas y gravámenes con ocasión de la usucapión.

GONZALES BARRÓN, siguiendo a autorizada doctrina Italiana señala que existe una segunda postura doctrinaria a favor del efecto de extinción de cargas y gravámenes, esta segunda postura señala que a falta de un expreso dato normativo, se hace necesario referirse al “*principio de extinción de los derechos por incompatibilidad*”, principio por el cual, las situaciones jurídicas se extinguen

cuando sobrevienen circunstancias de hecho o de derecho con ellas incompatibles.

En buena cuenta, quien posee en forma plena un bien ganará por usucapión sin ninguna vinculación con los gravámenes anteriores, pero no por usucapio libertatis, sino por la cesación de efectos de los derechos incompatibles con el derecho del nuevo propietario.

1.1.14 IMPORTANCIA PARA LA PRUEBA DE LA PROPIEDAD.

En la praxis judicial existen dos medios o formas de probar el Derecho de propiedad sobre un bien: el título (de propiedad) y la usucapión. A falta del primero, la prueba de la propiedad sería muy difícil por no decir imposible-si no existiera usucapión. El adquirente solo podría ser propietario si su causante (transferente), a su vez, lo era también. La usucapión suprime esta dificultad, que sería insoluble: cierto número de años de posesión bastan (Ramírez, 2004).

La usucapión viene a suplir o evitar esta prueba tan plagada de dificultades, toda vez que aquel que se dice propietario solo deberá probar que él y sus antecesores han poseído el bien por el tiempo que la ley establece para adquirir el dominio por usucapión y esa prueba será suficiente para otorgarle un Derecho inimpugnable. Constituye, pues, una vía alternativa para probar la propiedad (Ramírez, 2004).

Esta institución de la usucapión es de la mayor importancia, pues el sistema jurídico ampara a quien sin ser propietario ejerce la posesión de un bien a través de un lapso determinado de tiempo. De ahí que se dice que se gana por prescripción un bien

cuando este efectivamente se posee y no cuando se tiene una cadena de títulos de propiedad válidos (Bullard, citado por Ramírez, 2004)

1.1.15 USUCAPIÓN COMO MODO ORIGINARIO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

Se afirma que los modos de adquirir la propiedad, se clasifican en originarios y derivados, algunos autores han discutido sobre si la usucapión es un modo originario o derivativo de adquirir el dominio, no obstante consideramos que la usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad, toda vez que no existe transferencia ni enajenación alguna, el usucapiente adquiere por el solo hecho de poseer, no porque reciba el bien de algún transfiere, es decir que no existe negocio jurídico alguno; en otras palabras, su derecho no tiene como base o apoyo el del anterior titular.¹⁵

La usucapión es un modo originario de adquirir el derecho de propiedad, por cuanto la adquisición no se basa en derecho anterior alguno, se produce con independencia del derecho del anterior titular sin que exista transmisión alguna por parte del anterior titular; es decir, el usucapiente no hace suyo el bien porque el que lo tenía se lo transfiriera-relación de causalidad-, sino que se convierte en titular del

¹⁵ HERNANDEZ Gil, A. Obras Completas. Volumen II: La posesión. Espasa-Calpe, Madrid 1987, pág. 408 ss. En igual sentido el autor estima desacertado considerar a la usucapión un modo derivativo: “Un modo de adquirir es derivativo-dice. Cuando el derecho que se adquiere depende de otro anterior que corresponde al transmitente en razón de ello pasa al adquirente. Un modo de adquirir es originario cuando falta la transmisión. Y es evidente que el derecho del usucapiente no se apoya en el derecho del anterior titular, sino que surge a pesar de su inexistencia o de la falta de poder de disposición. Precisamente porque el derecho del usucapiente no tiene por base el del anterior titular, se necesita la posesión y el transcurso del tiempo. Por tanto, entre el derecho del usucapiente y el del anterior titular no hay una verdadera razón de causalidad. El derecho que adquiere el usucapiente no está en función del anterior derecho: hay simplemente una relación cronológica; el derecho preexistía a favor de otro, pero la adquisición no se ha verificado en función o a causa del derecho precedente.

mismo- con independencia de que antes fue de otra persona- porque ha venido comportándose como un verdadero propietario. Es decir, la usucapión surge como consecuencia de un nuevo derecho, incompatible con el anterior, derecho que se establece sobre la cosa, por lo que el anterior propietario pierde el derecho que antes tuvo sobre la cosa y por tanto al usucapiente no le afectan las limitaciones que aquél tuviera, de modo que adquirirá su derecho tal como lo venía poseyendo.

Al respecto, Aníbal Torres Vásquez, refiere que: “la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad mediante el ejercicio de la posesión provista de ciertos requisitos previamente determinado por ley. La adquisición de la propiedad por prescripción es originaria por cuanto no existe ninguna relación jurídica por la que el antiguo dueño transfiera la propiedad al nuevo dueño; “El derecho del usucapiente no se apoya en el derecho del anterior titular, sino que surge a pesar de su inexistencia o de la falta de poder de disposición”. (Código Civil; Comentarios y Jurisprudencia. Concordancia. Antecedentes. Sumillas. Legislación Complementaria; tomo I, Séptima Edición; año 2011; Editorial Idemsa; pág. 990-991).

Las adquisiciones originarias operan ex novo, ya que el titular estrena el derecho o lo recibe novedosamente, sin vinculación alguna con el anterior propietario. En tal sentido, aquí no interesa la regla nemo plus iuris, pues no existe acto de transmisión del primigenio hacia el nuevo titular, sino que este adquiere por sí solo y sin relación causal con el anterior. Por tanto, se produce un claro rompimiento del dominio, una especie de línea divisora por el cual el titular primigenio termina su historial, mientras el nuevo lo comienza sin vinculación con el pasado.

En las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quién es el propietario primigenio, pues el dominio igual se pierde; de allí que por definición teórica la adquisición derivada cede o es vencida siempre por la adquisición originaria, si en la primera el derecho está supedito a la titularidad del transmitente, y en la segunda no, entonces ésta última es superior porque opera en forma absoluta e irremediable, por tanto, la usucapión es más poderosa que el registro.

El propietario por título originario se opone a cualquier propietario derivado, pues el primero es absoluto y adquiere contra cualquiera, sea cual fuese el título contrario; por tanto, la usucapión es más poderosa que el registro. Esta es la razón de fondo que se encuentra detrás de la doctrina Francesa e Italiana, para quienes carece de sentido cuestionar la indudable primacía del poseedor con prescripción adquisitiva. La adquisición del derecho no está en efecto, subordinado a la posición del precedente titular.

La realidad es que la usucapión siempre vence al registro, basta mencionar la elocuencia del artículo 950° del código civil que señala: *“La sentencia que declara la prescripción adquisitiva es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño”*. De ésta norma se deduce inequívocamente el carácter originario de la usucapión, pues el nuevo propietario no recibe el bien por transmisión del anterior titular, sino que lo adquiere por sí mismo, y en tal condición rompe la historia de dominio.

1.2 LA HIPOTECA

1.2.1 DEFINICIÓN.

La hipoteca , consiste en la garantía real por la cual el acreedor beneficiario de la misma afecta a la satisfacción de su crédito un bien inmueble del patrimonio del deudor, extendiendo dicha reserva y haciendo oponible su derecho frente a otros posibles acreedores; es decir, son derechos subjetivos que confieren de manera voluntaria a la persona del acreedor, sobre el valor de una o más cosas determinadas o que puedan determinarse en un momento dado, y que son de propiedad del deudor o de un tercero, que quedan así afectadas al cumplimiento de un crédito, en otras palabras, es un medio para asegurar el pago ante un futuro incumplimiento.

Según CASTAN COBEÑAS el término hipoteca proviene del vocablo griego “hupotheke”, que significa “poner en peño”, la hupotheke significaba poner debajo, es decir someter la cosa a la deuda, es posible entonces, que dicha palabra haya expresado más bien, la situación en que se encontraba el bien inmueble sobre el cual se habían colocado las lápidas que anunciaban el gravamen, por lo que hace suponer que en primer lugar significó estar debajo de las lápidas de piedra, puesto que no existen signos externos de su existencia, al no conllevar la exigencia de la posesión en favor del acreedor hipotecario para ser constituida, es decir, el bien hipotecado continuaba perteneciendo y siendo poseído por el deudor hipotecario (CUADROS VILLENA, p. 57).

Para CABANELLAS Guillermo (Diccionario de Derecho Usual, p. 264) “es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes

inmuebles, que continúan en poder de un deudor”. La definición dada por el legislador señala que por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado¹⁶.

La hipoteca es considerada el más perfecto derecho real de garantía de créditos, pues recae sobre bienes inmuebles sometidos a la publicidad que ofrece el Registro Público de Predios; por ésta figura jurídica se garantiza una obligación de dar dinero, y como todos los derechos reales de garantía, es accesoria de una obligación. Esta última es lo principal y tiene vida propia, es decir, puede subsistir sin la garantía; sin embargo, la hipoteca no puede existir sola, necesariamente debe ser accesoria de una obligación.

Esta clase de garantía permite al deudor no perder la posesión de los bienes inmuebles, ya que no se altera o disminuye la explotación normal al que están sometidos; asimismo, para su perfeccionamiento es fundamental la inscripción en el registro, que permite individualizar el bien dado en garantía, para que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor adquiera el derecho de ejecutar la garantía y cobrarse preferentemente frente a los demás acreedores del deudor.

¹⁶ Código Civil art. 1097

1.2.2 NATURALEZA JURIDICA

Este nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca se encuentra agrupado dentro de los derechos reales de realización de un valor pecuniario. Sin embargo, el hecho de que la garantía no se le incorpore la posesión al acreedor ha generado en la doctrina amplios debates, pues el instituto en estudio no supone una relación o contacto directo entre el sujeto activo (acreedor hipotecario) y el inmueble ofrecido como objeto de la garantía.

En la realidad, y así como su propia definición legal previene el bien inmueble permanece en poder de su legítimo propietario, adicional a esto, el acreedor para poder ejercer su derecho de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado, debe proceder a la ejecución de la garantía, lo cual implicaría aparentemente que el acreedor hipotecario esgrimiría una acción de corte personal, derivada de la obligación principal insatisfecha. NUSSBAUM citado por Max Arias Schreiber¹⁷, indica: La hipoteca es un derecho real, porque *“no engendra una simple relación personal entre acreedor y propietario, sino que entraña un derecho absoluto, válido contra todo tercero y establecido directamente contra la finca”*.

Alfonso de COSSÍO¹⁸ explica que: “la hipoteca es un derecho real, en cuanto gravita directa e inmediatamente sobre la cosa y es oponible y eficaz contra cualquiera que pueda adquirir la titularidad de ella. Su contenido no es otro que el de facultar al acreedor hipotecario para proceder a la enajenación del bien hipotecado y hacerse luego

¹⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*, Lima: Gaceta Jurídica S.A.; 2006, p.644.

¹⁸ DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones del Derecho Hipotecario*, 2ª Ed, Barcelona: Editorial Bosch; 1956, p. 204.

para el pago con el producto de la venta, es decir un derecho a la realización del valor de la finca hipotecada, para una finalidad concreta, determinada por el pago del crédito garantizado. Es decir, la hipoteca es un derecho real al servicio de un crédito hasta el punto de que la vida del crédito ha de repercutir necesariamente sobre la vida de la hipoteca”.

1.2.3 CARACTERISTICAS

De acuerdo al concepto establecido por el legislador en el artículo 1097° del Código Civil, y los elementos que se esgrimen en las siguientes disposiciones, las características de la hipoteca serían:

- a) **Es de carácter real**, así lo reconoce el legislador de esta manera al enumerarlo en el artículo 1097° del C.C, y es en virtud de esta calidad, que a su titular se le otorga derechos sobre la cosa hipotecada, como son los derechos de persecución, preferencia y venta del bien hipotecado, mediante un actio in rem, pero de una manera indirecta, pues durante la etapa posterior a su constitución, esa facultad se ejerce más bien sobre el valor económico del bien hipotecado y con posterioridad, una vez impaga la obligación asegurada, el titular tiene el derecho a exigir la venta de la cosa dada en garantía, pagarse con la suma de dinero y así obtener en definitiva la satisfacción del crédito.
- b) **Es accesorio**, porque la constitución de la hipoteca va a requerir que con anterioridad exista un derecho personal que garantice (la obligación que cubre puede ser la del hipotecante, como la de un tercero), ello es también necesario para que la hipoteca siga surtiendo efecto, no pudiendo sobrevivir la obligación

hipotecaria al crédito garantizado. De esta manera, la extinción de la obligación principal por el pago, nulidad, prescripción, u otro modo, necesariamente va a ocasionar el mismo efecto respecto de la hipoteca.

c) **No hay desplazamiento del bien, ni desposesión**, lo que permitirá al deudor, constituir otras garantías sobre el mismo bien o seguir trabajando ese bien para cubrir las obligaciones impuestas por el crédito.

d) **Es de carácter temporal**, porque se resuelve con el tiempo, ya sea por la cancelación de la obligación principal, por la ejecución de la garantía, o cualquiera de las formas de extinción del gravamen, que pueden ser las causales que prescribe el Código Civil en el artículo 1122°.

e) **Se constituye por convención de las partes**, es decir las establecidas por negocio jurídico, es decir: contrato entre hipotecante y acreedor hipotecario. Todo propietario que tiene derecho a disponer de su inmueble, tiene igualmente el derecho de constituir una hipoteca en favor de otro; o, de pleno derecho la ley une a un crédito, también denominada hipotecas legales, no es necesario que el acreedor haya de hacer que se le constituya por contrato, es la legislación la encargada de establecer los supuestos en los que procede la constitución de hipotecas legales.

f) **Conceden preferencia en el pago al acreedor con el valor del bien dado en garantía**, el acreedor será pagado preferentemente a otros acreedores simples cualquier sea la oportunidad del crédito que representen, o a acreedores garantizados con el mismo bien, que sean posteriores; en el caso de la hipoteca

esta característica, la observamos en el rango de ella, es decir, será la naturaleza de primera, segunda, o tercera hipoteca que conceda la inscripción del gravamen en el registro de la propiedad inmueble la que determinará la preferencia, salvo que se ceda el rango.

- g) **No puede celebrarse pacto comisorio**, significa que está prohibido que pactar que el acreedor se quede con el bien inmueble otorgado en garantía si no se le paga la Obligación, el código no sólo se limita a proscribir el pacto comisorio, sino también lo sanciona con nulidad; consecuentemente, mientras en bien inmueble dado en garantía no haya sido vendido, no será susceptible de apoderamiento por parte del acreedor. Por el contrario, el Código Procesal Civil, artículo 742°9, autoriza al acreedor que ve frustrada la venta del bien, a pedir su adjudicación en pago de la obligación.
- h) **Es inmobiliaria**, la hipoteca debe recaer necesariamente sobre un inmueble, esto es, sobre los bienes enumerados en el artículo 885° del Código Civil.
- i) **Es un derecho indivisible**, porque afecta todo el bien hipotecado y cada una de sus partes.
- j) **Es un acto solemne**, esta solemnidad se la conceden dos elementos, uno el documento y otro el registro. Es por ello que debe constar por escrito las condiciones de la hipoteca, la especialidad de la hipoteca (en cuanto al bien y en cuanto al crédito), es una garantía que sale del ámbito privado para inscribirse en el ámbito del derecho público y por razones de seguridad en la contratación se exige que las condiciones de esta figura consten por escritura pública, resulta

además y en grado muy importante su inscripción en el registro para que produzca efectos frente a terceros.

1.2.4 IMPORTANCIA ECONOMICA

Recién con la presencia de la industria, llega la necesidad del crédito, que debe asegurarse sobre todo con la propiedad inmueble, pero esa seguridad, no implica la desposesión del bien entregado en garantía, lo que permitirá al deudor, constituir otras garantías sobre el mismo bien o seguir trabajando ese bien para cubrir las obligaciones impuestas por el crédito; es una de la características principales de la hipoteca.

La hipoteca, asegura el pago de una obligación gravando o destinando a ese efecto un inmueble, que no se retira del poder del deudor, lo que ha permitido gran parte del crédito de la sociedad actual, a plazos más o menos largos y a intereses relativamente bajos. Este debe ser uno de los efectos más importantes de la hipoteca en la sociedad contemporánea; donde el préstamo garantizado con hipoteca permite el desarrollo de la actividad económica de toda la sociedad, sea en el campo de la construcción, de la industria, de la agricultura, etc.

El hecho de que el inmueble no se retire de la posesión del deudor, ha determinado que la hipoteca, se la considere como reina de las garantías; pues permite que el deudor, pueda obtener otros préstamos con el bien dado en garantía o permite que siga explotando dicho bien, para cubrir las obligaciones del préstamo.

1.2.5 FORMALIDAD DE LA HIPOTECA.

En el caso de la hipoteca, el artículo 1098 del Código Civil establece que su constitución debe exteriorizarse a través de una determinada formalidad, es decir, “escritura pública” o aquella prevista por la ley (“documentos privados con firmas legalizadas”, “formularios registrales”, etc.). Estas formalidades servirán igualmente para exteriorizar los actos secundarios o derivados (ejemplo: modificación, rectificación, ratificación, levantamiento o cancelación, etc.), salvo que exista dispositivo que autorice el empleo de formalidades especiales (ejemplo: “declaración jurada con firma legalizada notarialmente”, Ley 26639).

Si bien es cierto, el artículo 1098° del Código Civil establece una formalidad para la constitución de la hipoteca, sin embargo, no sanciona con nulidad su inobservancia, por lo que conforme al artículo 144° del Código Civil el documento que se extienda solo tendrá carácter ad probationem. Resulta pertinente señalar que, en tanto la constitución de hipoteca no se inscriba en el registro, solo tendrá eficacia obligacional o interpartes (obligación de gravar), ya que la existencia jurídica de la hipoteca como Derecho real (gravamen) se halla sujeta a su publicidad registral (artículo 1099, Código Civil), al ser la inscripción una *conditio sine qua non* de su existencia; en ese mismo sentido, en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se refiere que “el contrato de hipoteca que no estuviere inscrito no confiere al acreedor la garantía real hipotecaria, sino un título que sirve al acreedor para obtener a través de la inscripción el Derecho real de hipoteca”.

1.2.6 REQUISITOS DE VALIDEZ.

Los requisitos de validez de la hipoteca, según el artículo 1099 del CC son los siguientes:

a) Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a la ley.

La doctrina es pacífica respecto a la necesidad de intervención del propietario en la constitución de la hipoteca -directamente o a través de su representante voluntario (artículo 156, Código Civil) o legal (artículo 167°, Código Civil)-, dada su trascendencia económica, social y legal; gravamen que en última instancia puede implicar -en caso de incumplimiento y luego del proceso de ejecución de garantías correspondiente-, la pérdida del propio Derecho de propiedad.

Según el artículo 1097° del Código Civil, la hipoteca puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero en garantía de las obligaciones del primero, el inciso 1) del artículo 1099 del Código Civil se refiere genéricamente al “propietario” por lo que algunos han entendido, basados en que en el ordenamiento jurídico nacional rige el “sistema consensual” en materia de transferencia de Derechos de propiedad inmueble (“la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él”, artículo 949, Código Civil), que resulta suficiente que grave el bien el propietario con o sin derecho inscrito.

b) Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

En nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice, en doctrina y conforme al “principio de especialidad”, “solo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito)” (Avendaño citado por Aliaga, 2008).

En la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se reitera la idea que subyace en la norma vigente, es decir, al legislador le interesa que el bien hipotecado siga siendo usado y explotado por el hipotecante, quien inclusive no pierde la facultad de enajenarlo. Igualmente, el propietario puede afectar en garantía varias veces el inmueble gravado, ya que se admite la coexistencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien.

Estaremos frente a una “obligación determinada” cuando la obligación está perfectamente establecida en el contrato; asimismo, se estará ante una “obligación determinable” cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil).

c) Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

Sustentado igualmente en el “principio de especialidad”, el legislador establece la exigencia de especificar el monto del gravamen (especialidad en cuanto al crédito); su fundamento se halla en la necesidad del ordenamiento de proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un Derecho real sobre él, favoreciendo con ello la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general

El gravamen, será “determinado” cuando se ha establecido expresamente en el contrato y será “determinable”, cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades. Considerando que, de acuerdo con el artículo 1107 del Código Civil, la extensión de la hipoteca en cuanto a la obligación garantizada comprende el capital (crédito), los intereses, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, el monto del gravamen debe comprenderlos, por lo que su cuantía es ordinariamente superior al crédito u obligación garantizados. La hipoteca es uno de los pocos Derechos reales cuya inscripción es constitutiva; en efecto, se trata de un Derecho real que nace al mundo jurídico con su inscripción registral.

1.2.7 BIENES SOBRE LOS QUE RECAE LA HIPOTECA.

El artículo 1100 del CC prescribe que “la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados”. Según Granda Boullón el criterio para delimitar el ámbito de extensión objetiva de la hipoteca no debería ser la movilidad o inmovilidad

de los bienes. Un criterio para determinar los bienes a los que es posible aplicar la hipoteca, que es preferible y que por lo demás ya ha sido resaltado por la doctrina, es aquel que permite que sean afectados en hipoteca los bienes y los derechos sobre los mismos a los que el ordenamiento haya dotado de publicidad. La publicidad consiste en establecer un mecanismo a través del que terceros, ajenos a una relación jurídica, a un negocio jurídico o distintos al titular del Derecho, puedan tomar noticia de estas circunstancias jurídicas. En torno a la misma se pueden establecer varias formas de asegurar la titularidad y la intangibilidad de los derechos que se trafican.

En conclusión, creemos que el vehículo hipotecario se puede extender a cualquier bien o derecho sobre un bien que haya sido dotado de publicidad por el ordenamiento jurídico de que se trate. Desde la segunda perspectiva, el mandato contenido en la norma constituye una reiteración de lo prescrito por los artículos 140 y 219 del Código Civil, que regulan el objeto de los negocios jurídicos. En este sentido el artículo se refiere, en nuestra opinión, al objeto del contrato de hipoteca. Puede afirmarse que en un contrato de hipoteca el objeto es el derecho real de hipoteca. Precisamente, es la obtención de este bien patrimonial el elemento que permite componer los intereses en el negocio hipotecario.

1.2.8 EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL BIEN.

Como ya hemos visto, la especialidad es una de las características de la hipoteca, ésta se manifiesta respecto al crédito y a los bienes hipotecados, el artículo 1018 del CC, regula la especialidad de la hipoteca en cuanto al bien. Así señala que, a falta de acuerdo, la hipoteca se extiende a los integrantes, accesorios, e indemnizaciones que

correspondan al bien hipotecado; lo que también se denomina “extensión natural de la hipoteca.”

1.2.9 PARTES INTEGRANTES.

Los bienes integrantes son aquellos bienes que no pueden ser separados sin destruir, deteriorar o alterar el bien; y que no pueden ser objeto de Derechos singulares. La importancia de las partes integrantes radica en que, según señala el artículo 889 del CC, siguen la condición jurídica del bien al que se integran salvo que la ley o contrato permita su diferenciación o separación. Ello significa que si el bien es inmueble, las partes integrantes del mismo se entenderán también como inmuebles, aun cuando por su naturaleza y según la clasificación de los bienes que regula nuestro Código Civil, pudiera corresponder ser bienes muebles.

1.2.10 PARTES ACCESORIAS.

El artículo 888 del Código civil define a los bienes accesorios como aquellos que sin perder su individualidad están permanentemente afectos a un fin económico u ornamental respecto de otro bien, siguiendo la condición jurídica de este último, a diferencia de las partes integrantes, los accesorios pueden ser separados del bien principal para servir a la finalidad económica de otro bien, sin que dicha separación siempre que sea provisional haga perder su condición de accesorio. Asimismo, pueden constituirse derechos singulares respecto de las partes accesorias.

Los efectos de la hipoteca se extienden a las partes accesorias. Así, si se hipoteca una casa se entenderán afectos por la hipoteca las alfombras, los cuadros y los enseres que se ubiquen dentro de la misma. Si se hipoteca una concesión, la hipoteca se extenderá a los bienes adscritos a la misma finalidad económica, como pudieran ser maquinarias, equipos, vehículos, etc.

Las partes accesorias deben estar permanentemente afectas a un fin económico u ornamental, a efectos de la extensión de la hipoteca, se entenderán comprendidos aquellos bienes que estén afectos al bien al momento de la ejecución de la hipoteca, aun cuando al momento de constituir la garantía, los bienes accesorios no hayan estado afectos económica u ornamentalmente al bien principal, estarán comprendidos en la hipoteca si al momento de su ejecución sí están adscritos al fin del bien principal.

1.2.11 INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA

Lo primero por mencionar es que el artículo 1102 del CC es una norma dispositiva, en la que se establece la indivisibilidad de la hipoteca; esto es, las partes pueden pactar en contrario; ello resulta lógico, pues el único beneficiado con la indivisibilidad de la hipoteca es el acreedor de la obligación -o eventualmente sus sucesores-, con lo que al Estado no le interesa imponer la indivisibilidad a un acreedor que incluso puede renunciar al derecho real mismo, claro que si no se dice nada en el título constitutivo de la hipoteca, la misma tiene la característica de indivisible pues con ello protegemos al crédito; en realidad la indivisibilidad no hace a la esencia de la hipoteca, sino a su perfección como garantía del pago de la obligación principal. En virtud a la indivisibilidad cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de esta.

1.2.11.1 CONSECUENCIAS DE LA INDIVISIBILIDAD

Mientras subsista la obligación garantizada o parte de ella, la hipoteca permanece inmutable pues así lo prevé el artículo 1102 del código sustantivo. El derecho real en buena cuenta siempre permanecerá tal cual se le configuró en el documento constitutivo, pese a que las condiciones del crédito puedan verse modificados de manera subsecuente, o si el inmueble mismo sufre alteraciones o modificaciones, empero, esta es solo una de las maneras de enfocar la eficacia de la figura de la indivisibilidad.

Siguiendo a Pérez Vives, Papaño, Kiper y Arias-Schreiber citados por Becerra (2008), vamos a resumir las principales consecuencias que la indivisibilidad comporta:

1. Cuando la hipoteca afecta un inmueble en su totalidad y este último sufriera una desmembración, la parte separada continuará gravada con la misma hipoteca y hasta por el mismo monto, pese a que hubiera operado una transferencia de titular dominial.
2. Consecuencia de la indivisibilidad es también la persecutoriedad prevista en la norma sustantiva a elección del acreedor, cuando la hipoteca comprenda varios inmuebles, pudiendo perseguirlos a todos ellos simultáneamente o solo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieran otras hipotecas, con la posibilidad del juez para fijar una prelación para la venta de los bienes afectados (artículo 1109 del Código Civil).
3. Cuando la obligación principal se extingue parcialmente, la hipoteca subsiste en su integridad; la hipoteca subsiste íntegra y con el mismo monto en virtud a la

indivisibilidad, salvo el caso de la reducción forzosa prevista en el artículo 1116 del CC.

4. Si existieran varios codeudores mancomunados en la obligación garantizada con la hipoteca de sus inmuebles, la deuda se divide ciertamente entre los mismos, pero la hipoteca subsiste íntegra, no pudiendo reclamar quien pague la parte de la deuda que le corresponde la cancelación del Derecho real.

5. En el campo sucesorio, si el constituyente de la hipoteca (el propietario del inmueble) es a la vez deudor y fallece dejando varios herederos, la obligación se divide entre los mismos, pero bajo el supuesto de que el bien se adjudique a uno de ellos y que este cumpla con pagar su parte, la hipoteca se mantiene íntegra hasta la total extinción de la obligación.

1.2.12 RELACIÓN CON LA REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA HIPOTECA.

Si como se ha mencionado, el acreedor puede renunciar al beneficio de la indivisibilidad dada la naturaleza dispositiva del artículo 1102 de nuestro Código, queda claro que la hipoteca sí es divisible, lo que debe quedar más claro todavía, es que la divisibilidad de la hipoteca no es la reducción de su monto. La reducción del monto de la hipoteca previsto en el artículo 1115 de Código es solo eso, la reducción del monto del gravamen mismo, más no la desafectación de uno de los inmuebles gravados de manera primigenia.

1.2.13 EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL CRÉDITO.

Como ya hemos mencionado, la especialidad de la hipoteca tiene dos facetas, a saber, respecto de los bienes y respecto del crédito, la especialidad en cuanto al crédito implica que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (inciso 2 del artículo 1099), la especialidad se relaciona directamente con la extensión de la hipoteca. Al respecto, la hipoteca cubre el capital, los intereses que devenguen, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio. Analicemos cada uno de los conceptos comprendidos en la hipoteca:

1.2.13.1 EL CAPITAL.

Entendemos por capital el principal del crédito, el monto del préstamo otorgado y financiado, es común que el monto del gravamen (suma por la que se compromete el inmueble, hasta por la cual responderá el bien ante una eventual ejecución de la garantía) coincida con el monto del capital. No obstante, en oportunidades el gravamen se constituye incluso hasta por un monto menor al del capital, probablemente porque el valor del inmueble no permite establecer como gravamen un monto mayor, en estos casos se procura que la diferencia esté cubierta con otra garantía.

1.2.13.2 INTERESES.

Los intereses tienen el carácter de una prestación accesoria del crédito principal. De ahí que, atendiendo al criterio de accesoriedad, la hipoteca garantiza el pago de los intereses que devengue el crédito.

Como consecuencia de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, y en tanto los intereses sean "obligaciones garantizadas" con la hipoteca, la obligación accesoria de pago de intereses también debe ser determinada o determinable. El tipo de interés pactado debe consignarse, en principio, en el documento de constitución de la garantía hipotecaria e inscribirse en Registros Públicos. La finalidad es que los terceros conozcan la responsabilidad del bien hipotecado y, en caso de que el gravamen sea determinable, conozcan los criterios para su determinación.

Se encuentran comprendidos los intereses moratorios. La duda se presenta porque los intereses moratorios, cuya finalidad es indemnizar la mora o retraso en el pago, se devengarán aun cuando los terceros desconozcan que se ha constituido en mora al deudor hipotecario. La constitución en mora no figurará en Registros Públicos; no obstante, si la hipoteca cubre los intereses (la norma no distingue tipos de interés) se entendería que en dicha cobertura se encuentran comprendidos los intereses moratorios.

1.2.13.3 PRIMAS DEL SEGURO Y COSTAS DEL JUICIO

En caso de que el inmueble hipotecado se encuentre asegurado, las primas que el acreedor hipotecario pague por dicho seguro también estarán cubiertas por la hipoteca. Ante un incumplimiento, el acreedor hipotecario está facultado a iniciar un proceso de ejecución de garantía y solicitar la venta judicial del inmueble hipotecado (sin perjuicio de las formas extrajudiciales establecidas por ley en caso de constitución de hipoteca de ciertos bienes inmuebles). Todos los gastos procesales en que incurra el acreedor hipotecario a fin de ver satisfecho su crédito con los ingresos obtenidos producto de la venta judicial del inmueble hipotecado, se encuentran cubiertos por la hipoteca.

1.2.14 PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO.

El artículo 1111 del CC que *“aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca, es nulo el pacto en contrario”*. El pacto comisorio es el acuerdo entre el acreedor y el deudor hipotecario que permite que, en caso de incumplimiento, aquel se haga pago de la obligación, adquiriendo la propiedad del bien.

El sentido de esta norma es evitar un posible detrimento o perjuicio que sufriría el deudor o el propietario del bien hipotecado en caso de que el acreedor, ante una situación de incumplimiento en el pago de la obligación asegurada, se apropie del bien dado en garantía en pago de una suma inferior a su valor (al valor del bien). La hipótesis protegida con esta norma contempla tres aspectos:

1. que las partes hayan convenido que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor quede en propiedad del bien;
2. que el bien tenga un valor significativamente superior a la deuda y
3. que si un convenio de esta naturaleza (pacto comisorio) estuviese permitido, sería impuesto por la parte fuerte (acreedor) a la parte débil (deudor).

La norma asume una supuesta posición de desventaja del deudor en el momento de contraer la obligación y afectar el bien en garantía, y es a partir de esta premisa que se prohíbe el pacto comisorio (García, 2008).

1.2.15 DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

1.2.15.1 DERECHO DE PERSECUCIÓN

El acreedor hipotecario goza del derecho de persecución, éste es en realidad un atributo del titular de todo derecho real, en el caso de la propiedad es muy clara la existencia de la persecución, que se ejercita a través de la acción reivindicatoria.

La persecución permite al acreedor ejecutar el bien hipotecado, en caso de incumplimiento del deudor, cuando esté en poder de un tercero, la persecución es consecuencia de la oponibilidad del derecho real, la situación de hecho es que el constituyente de la garantía, propietario del bien gravado, ha transmitido la propiedad o la posesión de dicho bien, el tercero adquirente ha estado en aptitud de saber, por el dato registral, que el inmueble estaba hipotecado, sufre entonces el embate del acreedor hipotecario, a pesar de que no tiene relación jurídica con él, conforme al artículo 1117, el acreedor hipotecario puede exigir el pago a dicho tercero poseedor del bien hipotecado, sin perjuicio de que lo haga también el deudor. La pretensión de pago dirigida contra el tercero concluye en la venta del bien gravado, con cuyo importe se cobra el acreedor.

1.2.15.2 DERECHO DE PREFERENCIA

La hipoteca confiere también el Derecho de preferencia, esto significa que con relación a determinados acreedores, el acreedor hipotecario cobra primero con cargo al precio de venta del bien hipotecado. De acuerdo con la Ley General del Sistema

Concursal N°. 27809, en los procedimientos de disolución y liquidación, los acreedores hipotecarios cobran en tercer lugar, después de los trabajadores y de los alimentistas.

Se discute si el crédito hipotecario es preferente respecto de un crédito simple cuyo acreedor ha logrado un embargo anotado en el registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. El embargo sería preferente en virtud del artículo 2016 del Código, que dispone que la preferencia de los derechos que otorga el Registro se determine por la prioridad en la inscripción, pero en mi opinión debe aplicarse el segundo párrafo del artículo 2022, conforme al cual la anterioridad en la inscripción cede ante la diferente naturaleza de los derechos enfrentados. En este caso uno (la hipoteca) en Derecho real y el otro es personal, por lo que prevalece el primero

1.2.15.3 DERECHO DE VENTA JUDICIAL

La hipoteca, finalmente, otorga al acreedor el derecho a la venta judicial del bien gravado, el acreedor hipotecario vende el bien hipotecado de acuerdo con el proceso de ejecución de garantías (Código Procesal Civil, artículos 720 al 724). En la práctica, según estudios realizados por la Superintendencia de Banca y Seguros, la ejecución de los bienes hipotecados tarda de 18 a 24 meses, plazo que se considera excesivo y que supera largamente lo previsto en el Código Procesal. Por esto, hoy en día hay una tendencia a autorizar legalmente la ejecución extrajudicial del bien hipotecado, cuando así lo pacten el acreedor y el deudor.

Se puede decir que la hipoteca es la garantía real más perfecta, del lado del deudor presenta la ventaja de que no lo priva de la posesión del bien; y de parte del

acreedor, no impone a este, como la prenda, las responsabilidades que pueden derivar de la custodia de un bien ajeno. A esto debe agregarse: 1. los inmuebles generalmente conservan su valor en el mercado, 2. que la hipoteca se extiende al valor del seguro y de la expropiación del bien (artículo 1101) y, 3. Que el Derecho de persecución está asegurado; todo lo cual hace que en caso de falta de pago, el acreedor tenga muy buenas probabilidades de hacer efectivo su crédito con cargo al bien.

1.2.16 EFECTOS DE LA HIPOTECA FRENTE A TERCEROS ADQUIRIENTES

Sobre los efectos de la hipoteca debemos destacar que, el legislador le da la posibilidad al acreedor de exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando la acción real, el ejercicio de una de estas acciones no excluye la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley¹⁹.

Del artículo se extrae las acciones legales que puede ejercer el acreedor hipotecario a fin de satisfacer su crédito, contemplando además en el supuesto de que el bien hipotecado haya sido transferido a un tercero. En efecto, la citada norma establece que el acreedor hipotecario puede satisfacer dicho crédito exigiéndole el pago al deudor a través de la acción personal, y/o al adquirente del bien hipotecado ejerciendo la acción real. Entonces, se puede afirmar que frente al incumplimiento del deudor respecto de la cancelación de la obligación garantizada, es posible que se den los siguientes supuestos:

¹⁹ Artículo 1117 del Código Civil.

a) Primer supuesto:

Que el bien hipotecado sea de propiedad del deudor, y que mientras la obligación se encuentre vigente dicho bien no sea transferido, continuando siempre bajo la esfera patrimonial del deudor. Frente a un eventual incumplimiento el acreedor puede ejercer la acción personal, exigiéndole el pago al deudor. Si este no cumple con dicho pago, el acreedor podrá: i) solicitar la ejecución y remate del bien hipotecado para hacerse pago con lo que se obtenga, son los casos más comunes; o ii) solicitar una medida cautelar sobre otros bienes de propiedad del deudor, pocas veces se elige como primera opción, por lo general se pide solo cuando la ejecución de la hipoteca no llega a cubrir el monto total de la deuda.

En el primer supuesto, en el marco del ejercicio de la acción personal, iniciará un proceso de ejecución de garantías, de conformidad con los artículos 720° y siguientes del Código Procesal Civil, y que no obstante que el pago de la deuda se realiza finalmente con el remate del bien hipotecado, esto no supone que se ha ejercido una acción real. En otras palabras, el hecho de que el acreedor solicite la ejecución del bien que el deudor gravó en hipoteca, no significa que esté ejerciendo la acción real, pues esta solo es posible ejercerla contra la propiedad de un tercero, lo cual no sucede en el presente caso, ya que el bien a ejecutarse es de propiedad del deudor sobre el cual el acreedor tiene un derecho real.

b) Segundo supuesto:

Que el bien hipotecado sea originalmente de propiedad del deudor, pero que dentro del plazo de vigencia de la obligación el inmueble sea transferido a un tercero, saliendo de la esfera patrimonial del deudor. Frente a un eventual incumplimiento el acreedor podrá: i) exigir el pago de la obligación al deudor,

ejerciendo igual que en el caso anterior la acción personal; o ii), según sugiere la norma, exigir el pago al tercer adquirente del bien hipotecado usando la acción real.

Por un lado, la exigencia de pago al deudor no ofrece mayor duda, toda vez que él debe pagar en razón de su condición de sujeto pasivo y titular de la obligación; si no lo hace, el acreedor podrá solicitar la ejecución y remate del bien hipotecado, aunque ahora sea de propiedad del tercero para hacerse pago con el producto de dicho remate; o solicitar una medida cautelar sobre otros bienes de propiedad del deudor para posterior remate y pago, de modo que a pesar de que el bien se transfiera a terceros, una o varias veces sucesivas, el acreedor no pierde el derecho de hacerse cobro del crédito solicitando el remate del bien, si el deudor no cumple con el pago.

1.2.17 LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Empezaremos distinguiendo entre la extinción del derecho real de la hipoteca y la cancelación de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es posible que la obligación principal se haya extinguido o anulado; sin embargo, no se haya procedido a cancelar la hipoteca en el registro.

Por la vinculación de la hipoteca con el Registro, debido al carácter constitutivo de la hipoteca que exige para su nacimiento su inscripción en el Registro, es importante tener en cuenta no solo las causas generales de extinción, sino que la hipoteca no se extingue mientras no se cancele su inscripción.

La cancelación no es más que el cumplimiento de una mera formalidad; hasta que no se cumpla podrá traer algunos inconvenientes para la disponibilidad del bien, pero no significa que la hipoteca no esté extinguida. Por la cancelación se deja sin efecto la inscripción registral; no debe confundirse entonces con la extinción de la hipoteca, ya que ésta pueda estar extinta por cualquier causa y sin embargo subsiste la inscripción. Sobre la extinción de la hipoteca, diremos que ésta última como derecho real de garantía, accesorio a la obligación se acabará cuando se acabe la obligación principal que garantizaba; sin embargo, la hipoteca puede extinguirse sin que la obligación principal se haya extinguido.

1.2.17.1 EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA.

Esta causal es por excelencia el modo principal de extinción, en atención a que la hipoteca como derecho real de garantía está estrechamente en conexión con el crédito o la obligación. Por lo general, la hipoteca es accesorio a la obligación, no tiene razón de ser por sí misma, sino como garantía de un derecho de crédito. Sin embargo, hay situaciones que no pueden desconocerse y son admitidas por la legislación, que dejan de lado el carácter accesorio de la hipoteca cuando se constituye; son los casos de las hipotecas en garantía de una obligación futura o eventual regulada en el artículo 1104° del Código Civil. No obstante ello, aun en estos casos, siendo la determinación de las obligaciones una exigencia estructural de la hipoteca, la obligación garantizada debe cumplir con ciertas exigencias mínimas, de modo tal que los contratantes dejarán a una futura liquidación la fijación de la obligación asegurada, pero deben determinar el máximo de la responsabilidad hipotecaria, para que la contratación y el crédito no se vean afectados.

La doctrina mayoritaria reconoce que las relaciones entre la hipoteca y la obligación garantizada son complejas y no deben ser analizadas desde la perspectiva del dogma de la accesoriedad. Cuando la hipoteca garantiza una obligación, debe tenerse en cuenta que todas las vicisitudes de la obligación también deben incorporarse al Registro, para que tenga efectos frente a terceros; esto se desprende del Artículo 56 del Reglamento de las Inscripciones, que determina que son datos relevantes que deben constar en el asiento de inscripción de hipoteca: el capital y el interés; por ende, cualquier cambio sobre estos aspectos también debe constar en el Registro. Así como la accesoriedad de la hipoteca influye en el nacimiento y desarrollo de la hipoteca, por obvia razón también lo hace en la extinción de la hipoteca.

La hipoteca se extingue con la obligación garantizada, por ende la extinción de la hipoteca por causas que solo se refieren al derecho real de garantía, no extingue el Derecho personal de crédito. La extinción puede ser total o parcial, según que comprenda la totalidad de la hipoteca o se reduzca la cuantía de la responsabilidad hipotecaria (artículos 1115 y 1116 del Código Civil). En atención a lo expuesto, todas las causas por las que se extingue una obligación producen la extinción de la hipoteca que la garantiza. Deberán tenerse en cuenta las causas de extinción de obligaciones (de dar, hacer, no hacer) reguladas en el Libro de Obligaciones del Código Civil.

1.2.17.2 ANULACIÓN, RESCISIÓN O RESOLUCIÓN DE DICHA OBLIGACIÓN.

Por efecto de la accesoriedad del derecho real de hipoteca, si la obligación resulta anulable (artículo 221 del C. C.) por cualquiera de las causas señaladas para el acto jurídico, entonces la hipoteca también sufrirá las consecuencias y se extinguirá. Igualmente, si la obligación se rescinde (artículo 1370 del C.C.) o resuelve (artículo 1371 del C.C.) conforme a lo pactado o en virtud de la ley, la hipoteca se extinguirá.

La exposición de motivos del Código Civil sobre la materia expresa que no se incluyó como causal la nulidad de la obligación, en atención a que siendo la obligación asegurada nula no puede haber una hipoteca sin crédito válido que garantizar, por ende, no puede extinguirse lo que no existe.

1.2.17.3 RENUNCIA ESCRITA DEL ACREEDOR.

Esta causal se sustenta en la autonomía de la voluntad como ocurre con la renuncia de otros derechos reales. En cualquier momento con independencia de la subsistencia de la obligación, el acreedor puede renunciar a la garantía hipotecaria. La doctrina reconoce que este acto es unilateral y que no debe perjudicar al tercero. En efecto, en virtud de la acción revocatoria o pauliana (artículo 195 del C.C.) el acreedor del renunciante puede solicitar la ineficacia de la renuncia si este acto le perjudica

1.2.17.4 DESTRUCCIÓN TOTAL DEL INMUEBLE.

Destrucción total del inmueble, cuando se extingue o desaparece totalmente la cosa hipotecada, la hipoteca queda sin efecto. Generalmente, para este caso se pacta el derecho a recibir una indemnización o se contrata un seguro, en caso de que se trate de una destrucción parcial, la hipoteca subsiste sobre la porción del bien no afectada por la destrucción, en aplicación de la indivisibilidad de la hipoteca.

Si bien, se hace referencia a la destrucción material o física del bien, sin embargo, existe también la posibilidad de la pérdida jurídica del bien. Si bien no se encuentra expresamente contemplada, la pérdida del dominio o del derecho real hipotecado también genera la extinción de la hipoteca. José María Chico y Ortiz cita, entre otros, los siguientes casos: cuando se extingue el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario; cuando se trate de hipotecas sobre bienes litigiosos y la sentencia sea favorable a la demanda presentada; cuando la hipoteca recaiga sobre bienes sujetos a condición resolutoria, y esta se cumpla.

1.2.17.5 CONSOLIDACIÓN.

Este es un supuesto especial, la doctrina la llama confusión de derechos, no se refiere al caso general de extinción de la obligación cuando en una misma persona concurre la cualidad de deudor y acreedor, sino al caso en que el derecho real de hipoteca se extingue cuando en una misma persona se da la cualidad de titular

dominical y de titular del derecho real que lo grava, esto ocurre porque no es posible que se admita la hipoteca sobre cosa propia.

La Exposición de Motivos del Código Civil, señala que la consolidación no puede operar en perjuicio de tercero, si el derecho real está gravado con otro derecho real, aquel frente al titular de este, subsistirá como si la consolidación no se hubiese producido.

1.2.17.6 OTRO SUPUESTO LEGAL: EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA POR CADUCIDAD.

Como se señaló en la introducción de este comentario, la hipoteca se extingue por caducidad, conforme al segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 26639. El Tribunal Registral ha establecido en un precedente de observancia obligatoria que esta norma ha introducido una nueva causal de extinción de la hipoteca. Llega a esta conclusión luego de analizar en diversos pronunciamientos los alcances del artículo 3 de la Ley 26639, cuyo texto es el siguiente: *“Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas”*.

El Tribunal Registral ha señalado que la norma contenida en la Ley 26639 busca cancelar, entre otras cuestiones, las inscripciones de hipotecas que afectan a

determinados bienes y que no han sido ejecutadas dentro del respectivo lapso de tiempo, en esta línea se ha dicho que no debe confundirse entre la cancelación de la inscripción de la hipoteca y la extinción de la hipoteca, ya que esta puede estar extinguida por cualquier causa y sin embargo subsistir la inscripción.

1.3 PUBLICIDAD REGISTRAL

Es importante reservar en nuestro desarrollo teórico la publicidad registral, los principios que esta implican, por estar en estrecha relación con la hipoteca que afecta la propiedad inmueble del usucapiente. Veremos detalladamente cómo es que los principios del derecho registral pueden ser afectados para dar una respuesta a favor del adquirente de un derecho real no inscrito.

1.3.1 DEFINICIÓN.

La publicidad, en sentido amplio y general, es el conjunto de medios que se emplean para divulgar y extender el conocimiento o noticia de determinadas situaciones o acontecimientos, con el fin de hacerlo llegar a todos, de modo que estos, en cuanto objeto de publicidad, adquirirán la calidad o estado de públicas; esto es, serán notorias, manifiestas y patentes para todos. Así la publicidad se opone a la clandestinidad, en tanto la primera supone divulgación y conocimiento, mientras la segunda, ocultación y desconocimiento. El objeto de este tipo de publicidad puede ser, en principio, cualquier clase de acontecimiento, y la divulgación del mismo busca, principalmente, producir un conocimiento efectivo entre las personas hacia quienes va dirigida (Huertas, 2013).

En tal sentido, la publicidad en general busca la divulgación y conocimiento de acontecimientos de cualquier tipo, lo cual no ocurre con la publicidad registral, la publicidad registral es, en buena cuenta, tal como lo conocemos hoy en día, una creación del Estado para reemplazar a la publicidad posesoria cuando esta ya no resultaba adecuada para satisfacer la necesidad de certidumbre en la contratación y otorgar seguridad jurídica en la misma, en relación de cierto tipo de bienes perfectamente identificables e individualizables. La necesidad actual de un sistema de publicidad en cualquier país sigue plenamente vigente y más apremiante que nunca, pero orientada fundamentalmente a la publicidad otorgada a través de un registro (publicidad registral), reservándose únicamente para los bienes que por su naturaleza no pueden acceder al mismo una publicidad, a través de la posesión (publicidad fáctica), toda vez que aquella resulta ser mucho más exacta y eficaz que esta. En tal sentido, se advierte que la publicidad registral surge por necesidad de la certidumbre de la contratación y otorgar seguridad jurídica a través de un registro, siendo relevante el contenido de la publicidad registral en nuestro sistema registral.

1.3.2 LA PUBLICIDAD MATERIAL Y LA PUBLICIDAD FORMAL.

La publicidad que brida los Registros Públicos se dividen en publicidad material y publicidad formal. Esta clasificación de la publicidad en material y formal, ha sido esbozada posiblemente por la doctrina germánica. Así la exhibición de los libros del Registro, los informes y los certificados, en cuanto son herramientas de la publicidad, integran la llamada publicidad formal; y en cuanto producen un efecto sustantivo (como la prioridad o la oponibilidad) son parte de la publicidad material (Moisset, 2004).

1.3.2.1 PUBLICIDAD MATERIAL.

La publicidad material protege el derecho constituido y se presume, sin admitir prueba en contrario, que el contenido de todos los documentos existentes en el Registro, es conocido por todas las personas, lo que surge como una garantía para el inscribiente que acude al Registro para resguardar sus derechos y los de terceros adquirentes (Macedo, 1998; citado por Calvay, 2012).

A la publicidad material también se le denomina:

1. Publicidad sustantiva, se refiere al efecto que produce el Registro, es decir, se refiere a los efectos que produce hacia los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo de ellas (Esquievel, 2005; citado Calvay, 2012).
2. Jurídica, en razón a los importantes efectos materiales que produce “oponibilidad”. La publicidad material, es la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general erga omnes y con efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada. La situación jurídica publicada tiene efectos en el ámbito del derecho privado, dado que los particulares pueden conocer lo que está publicado y, por mandato legal dicha publicación les es oponible, es decir produce “cognoscibilidad general” (Tarazona, 2003; citado por Calvay, 2012)

Los efectos sustantivos propios de la publicidad material, están regulados en el C.C. en el Art. 2012 sobre la cognoscibilidad o presunción de conocimientos del contenido de las inscripciones, y de la fe pública Art. 2014. No termino este punto no si

antes decir que la publicidad material, es decir, esta cognoscibilidad es posible gracias y a través de la publicidad formal. Por esta consideración es que la publicidad registral, es decir la material, despliega sus efectos o alcances a los títulos archivados.

1.3.2.2 PUBLICIDAD FORMAL.

A la publicidad formal también se le denomina publicidad procesal o informativa del contenido de los libros del Registro. Es formal por referirse a la forma como se accede a la información que brinda el Registro, pero, es también el derecho de cualquier particular de acceder a la información que obra en los Registros Públicos, y que está a su disposición si lo solicita, previo pago de la tasa correspondiente, siempre y cuando no afecte a la intimidad personal, y sólo se le otorgará a quien tenga interés legítimo. Esto último no es aplicable a nuestra realidad, por ser característica principal de la publicidad formal en nuestro país ser: amplia y absoluta, a fin de asegurar la publicidad erga omnes. Nuestro Reglamento General de los Registros Públicos faculta a cualquier persona previo pago del arancel registral, y sin necesidad de justificar ni expresar interés a solicitar la información o documentación contenida en el Registro.

1.3.3 PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL.

1.3.3.1 DEFINICIÓN.

Diez Picazo (1995; citado por Cárdenas, 2010) define a este principio como aquella regla estricta, conforme a la cual el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiando y amparándose en lo que el registro publica, ve convertida

para él la situación registral en una situación inatacable. Asimismo, afirma que hay fe pública registral en la medida en que los terceros pueden colocar su confianza en aquello que el registro publica y en la medida en que, en virtud de esa confianza, la situación aparental que en el registro existe se superpone a la auténtica realidad jurídica extra registral y constituye para ellos la única situación jurídicamente existente.

Pau (1995; citado por Cárdenas, 2010) sostiene que este principio designa el efecto adquisitivo inatacable que puede producir la inscripción en beneficio del tercero. Es decir suple la falta de poder dispositivo del transmitente; asimismo, brinda plena protección al tercero que reúne los requisitos por la ley, respecto del cual la presunción de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos, se convierte en presunción *iure et de iure*.

El principio de fe pública registral es aquella regla general normativa que brinda seguridad jurídica a los terceros registrales que confían en los pronunciamientos del registro. Busca proteger al tercero registral frente a aquellos vicios, defectos y limitaciones, que aquejando a la titularidad de su antecesor y transferente, no aparecían publicados en el registro ni tampoco eran de conocimiento de dicho tercero registral. Consiguiendo así, que el adquirente que contrata en vista de los datos y titularidades que el registro le manifiesta quedase protegido conforme a la apariencia creada por el asiento anterior, y por tanto no podrá verse privado del derecho adquirido aunque luego se compruebe que el título del transmitente adolecía de algún vicio invalidante o aunque dicho título válido en un principio quedase más tarde sin efecto (Cardenas, 2010).

1.3.3.2 REQUISITOS.

Los requisitos o circunstancias necesarias para que el tercero registral pueda ser protegido o goce de la protección de la fe pública registral, están regulados en el artículo 2014 del Código Civil y son los siguientes:

1. Que el tercero proceda con buena fe (elemento subjetivo)
2. Que el tercero efectúe la adquisición a título oneroso (elemento negocial)
3. Que el tercero adquiera de quien aparece en el registro con facultades para otorgar el derecho (elemento objetivo)
4. Que en el registro no consten las causales de nulidad o ineficacia (elemento negativo de causalidad)
5. Que el tercero inscriba en el registro su derecho adquirido (elemento de cierre)

1.3.4 EL TERCERO REGISTRAL.

El tercero registral es el titular registral que resulta beneficiado o perjudicado, por aplicación de los principios que recoge el sistema registral, respecto de una relación jurídica ajena, pero conexa con su derecho inscrito y que confronta con el mismo. Es decir, el tercero registral, es el que resulta protegido por el ordenamiento jurídico y mantiene su derecho inscrito en el Registro cuando el de su transferente se ha anulado, rescindido o resuelto en merito a causas que no constan en el Registro (Calvay, 2012).

Se diferencia el tercero registral del tercero civil, porque, este último se refiere a aquella persona que no es parte en una relación jurídica determinada, por lo tanto, no debe ser afectada por las consecuencias que se puedan generar en dicha relación. Se trata de cualquier persona ajena a una relación jurídica. Sin embargo el tercero registral, es aquella persona que reúne determinadas condiciones, señaladas en la legislación, para que se constituya como tal (Calvay, 2012).

El tercero registral, es aquel que adquirió un derecho a título oneroso, con buena fe, de quien aparece en el registro con derecho inscrito y que ha procedido a inscribir su adquisición, y será tercero registral respecto de cualquier acto o contrato en cuya celebración no haya intervenido y que a su vez no se haya inscrito o se inscriba con posterioridad. Este utilizará para defender su derecho, los principios del derecho registral, dentro de los cuales se encuentra el principio de fe pública registral.

Históricamente la tercería de propiedad o excluyente de dominio ha sido pensada con el objeto de que juez que dispuso un embargo -o medida cautelar- sobre un bien que no es del demandado, disponga su levantamiento -o desafectación- si el tercero acredita la propiedad del referido bien; ello supone el dictado de una medida provisoria de suspensión del proceso -solo respecto del bien cuya propiedad invoca el tercero-, aun cuando éste se encuentre en la etapa de ejecución, con sentencia firme; el juez competente para conocer la tercería de propiedad es el mismo que dictó la citada medida cautelar.

1.4.- DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO Y EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.

La demanda es el primer acto jurídico procesal que sirve como vehículo de la pretensión dirigida al órgano jurisdiccional, en ese sentido se puede afirmar que una demanda es una petición escrita formulada ante un tribunal de justicia y también el medio escrito a través del cual el demandante expone unos hechos y razona sus pretensiones frente al demandado, a un tribunal iniciando así un proceso de carácter civil en el sentido amplio, constituyendo el primer acto que inicia la relación procesal.

Como sabemos el derecho de acción es el medio que permite la transformación de la pretensión material en procesal, sin embargo, este medio, por ser abstracto, necesita de una expresión concreta, de allí que se instrumente a través de un acto jurídico procesal llamado demanda. Este acto jurídico podemos definirlo como una declaración de voluntad a través de la cual un pretensor expresa su pedido de tutela jurídica al Estado y, a su vez, manifiesta su exigencia al pretendido respecto de un interés sustentado en un derecho subjetivo, es decir, con relevancia jurídica.²⁰

La demanda es el primer acto que ocurre en un proceso, es su punto de partida, en opinión de CHIOVENDA: *"La demanda judicial, en general, es el acto con que la parte (actora), afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley que*

²⁰ Monroy Gálvez Juan, "Introducción al proceso Civil", Primera Edición, editorial Temis. Pág. 227

garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado), e invoca para este fin la autoridad del órgano jurisdiccional”²¹

El artículo 952° del código civil establece que *“Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.”*

La demanda de prescripción adquisitiva de dominio se plantea vía proceso abreviado, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 486° del Código Procesal Civil, concordante con el inciso 2° del artículo 504° del mismo cuerpo normativo.

1.4.1 REQUISITOS DE LA DEMANDA.

La demanda debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 424° y 425° del código procesal civil, asimismo, tratándose de una demanda de prescripción adquisitiva de dominio, conforme lo establecido en el Artículo 505° del código adjetivo, además de lo dispuesto en los Artículos 424° y 425°, la demanda de prescripción adquisitiva de dominio debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.

²¹ GIUSEPPE CHIOVENDA, citado por Monroy Gálvez Juan, “Introducción al proceso Civil”, Primera Edición, editorial Temis. Pág. 227

2. Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien.

El Juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.

3. Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.

4. Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes.

1.4.2 EMPLAZAMIENTO AL PROPIETARIO.

La palabra emplazar, significa dar un plazo que el juez le impone al demandado, desde luego con base en la ley, para que se apersona el juicio, para que comparezca a dar la contestación a la demanda y garantizar el derecho de contradicción. En el antiguo

derecho romano el emplazamiento era la *in jus vocatio*, o sea la intimación que el actor hacía al demandado para que compareciera ante el magistrado.

La demanda de prescripción adquisitiva se dirige contra el propietario “formal” es decir, contra aquella persona que figure en registros públicos como titular propietario del inmueble materia de usucapión. En ese sentido, una vez calificada positivamente la demanda, el juez correrá traslado al demandado para que conteste la demanda, ejerciendo plenamente y sin limitación alguna su derecho de defensa y contradicción. Al respecto, el artículo 430° del código procesal civil señala *“Si el Juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso”*.

1.4.2.1 Efectos del emplazamiento.

Conforme a lo establecido en el artículo 438° del código procesal civil, el emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:

1. La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron.
2. El petitorio no podrá ser modificado fuera de los casos permitidos en el Código.
3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio.
4. Interrumpe la prescripción extintiva.

1.4.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Como sabemos, la demanda y la contestación de demanda constituyen la etapa procesal denominada actos postulatorios, podemos definir la contestación de demanda como aquel acto procesal realizado por el demandado, mediante el cual éste se opone a lo pretendido por el demandante, argumentando las razones, tanto de hecho como de derecho, que justifican la postura que defiende y que tiene como finalidad que la resolución final del proceso que se dicte, esto es, la sentencia, recoja su absolución, rechazando las pretensiones del demandante en todo o en parte. El acto procesal de contestar a la demanda puede tener una doble proyección: a) La primera proyección resultaría respecto a la forma de dicha contestación; y b) La segunda proyección consistiría en cuanto al contenido de dicha contestación.

Conforme a lo establecido en el inciso 5° del artículo 491° del código procesal civil, al tratarse de un proceso abreviado, el demandado tiene un plazo de diez días para contestar la demanda de prescripción adquisitiva de dominio y para poder reconvenir de ser el caso. Debemos precisar que el demandado puede ejercer los mecanismos de defensa que le franquea la ley, teniendo en cuenta los plazos establecidos para cada caso, así, conforme al inciso 1 del artículo 491° del código procesal civil, el demandado tiene tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos. Asimismo, el demandado tiene cinco días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención, ello de conformidad inciso 3 del artículo 491° del mismo cuerpo normativo.

1.4.3.1 Efectos de la contestación de demanda.

Entre los efectos producidos por la contestación de demanda podemos mencionar los siguientes:

1. Culmina la etapa postulatoria del proceso.
2. Queda integrada a la relación procesal y centrada los términos de la litis fijándose la cuestión litigiosa.
3. Con la contestación de la demanda quedan determinados los hechos sobre los cuales se tendrá que producir la prueba.
4. Asimismo delimita el *thema decidendum*, pues la sentencia definitiva sólo puede versar sobre las cuestiones planteadas por ambas partes. Con ella queda constituida la relación procesal entre las partes.
5. Establece en forma definitiva la competencia del juez.
6. Caduca para el demandado la posibilidad de recusar.

1.4.4 EMPLAZAMIENTO AL ACREEDOR HIPOTECARIO.

Como hemos podido advertir, la demanda de prescripción adquisitiva se dirige contra el propietario registral del inmueble materia de usucapión, pues de ser amparada la demanda, la usucapión desplegará su efecto natural extintivo de la propiedad del antiguo dueño; no obstante cuando el inmueble se encuentra afectado por cargas y/o gravámenes como la hipoteca, que es materia del presente trabajo de investigación, consideramos que el demandante usucapiante debe también emplazar al titular de tales derechos menores, toda vez que como hemos podido advertir meridianamente, el efecto extintivo de la prescripción adquisitiva de dominio se extiende además de la propiedad a todos los demás derechos menores constituidos sobre el inmueble a usucapir, debido al

carácter originario, y no derivativo, de la prescripción adquisitiva de dominio, hecho que daría lugar a la extinción de todos los derechos menores, pues el objeto de la prescripción adquisitiva de dominio, es que la cosa se adquiere fuera de todo obstáculo anterior. Éste efecto de extinción de cargas y gravámenes que produce la prescripción adquisitiva de dominio, es lo que en doctrina se denomina *Usucapio Libertatis*, esto es, la usucapión como medio para liberarse de los gravámenes y cargas, lo que evidentemente de ampararse la demanda afectarían los derechos del acreedor hipotecario.

En ese sentido, consideramos que el usucapiente demandante debe dirigir su demanda, además del propietario, contra el acreedor hipotecario y contra todo titular de derechos menores que pudieran recaer sobre el inmueble a usucapir, pues además de la pretensión principal de que se le declare propietario, accesoriamente puede solicitar la extinción de las cargas y gravámenes y su cancelación registral.

En ese supuesto, es evidente que el acreedor hipotecario tendría legitimidad para obrar pasiva, incorporándose a la relación jurídico procesal como litisconsorte necesario pasivo, al respecto el artículo 92° del código procesal civil, señala: *“Hay litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra”*.

Ahora bien, en el supuesto de que el usucapiente no demande al acreedor hipotecario o al titular de otros gravámenes y cargas²², ello no es óbice para que el

²² Marianella Ledesma Narváez sostiene que *“La diferencia entre ellas radica en que los gravámenes dependen de una obligación accesorio, la que de incumplirse pueda conllevar a la venta del bien*

juzgador integre a la relación procesal a los titulares de dichos gravámenes y cargas, si al momento de calificar la demanda y revisando la partida registral del inmueble, advierte que existen cargas y gravámenes inscritos a favor de terceros, pues evidentemente la decisión que el juzgador adopte en la sentencia, puede afectar a los titulares de tales derechos menores. Al respecto el Artículo 95° del código Procesal Civil, señala: *“En caso de litisconsorcio necesario, el Juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar. Si carece de la información necesaria, devolverá la demanda y requerirá al demandante los datos para el emplazamiento al litisconsorte. Si el defecto se denuncia o el Juez lo advierte después de notificada la demanda, suspenderá la tramitación del proceso hasta que se establezca correctamente la relación procesal.”*

Asimismo, el inciso 1° del artículo 505° del Código procesal civil, ha establecido como requisito especial de la demanda de prescripción adquisitiva lo siguiente: ***“1. Se indicará en todo caso: (...); la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien (...).”*** Nótese que la norma no hace referencia, exclusivamente, a la persona o personas que tengan inscrito el derecho de propiedad sobre el bien, sino que, hace extensiva la obligación de incorporar al proceso a toda persona que sobre el bien pudiera tener *“derechos inscritos”*, como es el caso del acreedor hipotecario, o titulares de otros derechos reales menores distintos a la propiedad. Como vemos, la exigencia de incorporar al acreedor hipotecario, ya está dada por la propia norma y corresponde que los magistrados del poder judicial al momento de calificar la demanda, adviertan esta situación.

afectado, como sería el caso de la hipoteca; en cambio, con las cargas, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta del bien, como sería el caso de las servidumbres, que se constituyen como limitación a la propiedad predial.”

Consideramos que necesariamente se debe emplazar al acreedor hipotecario y a todos los titulares de otros derechos menores, quienes deben apersonarse al proceso y ejercer su derecho de defensa, ahora bien si se desconoce el domicilio en donde se debe notificar la demanda, lógicamente se deberá notificar por edictos; debemos precisar que tratándose de un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, el artículo 506° del código procesal civil, establece que aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el Juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma prevista en los Artículos 167° y 168° del mismo cuerpo normativo, que regulan la notificación por edictos y la forma de los edictos.

Si, pese a estar válidamente notificado el acreedor hipotecario no se apersona al proceso, éste debe seguirse en su rebeldía hasta llegar a la sentencia la misma que de ser fundada y encontrándose firme, hará que la prescripción adquisitiva de dominio despliegue todos sus efectos y extinga no solo el derecho de propiedad del antiguo dueño, sino que además extinguirá el derecho del acreedor hipotecario; siendo que la sentencia fundada y firme constituirá título para la cancelación registral del asiento en donde conste la propiedad del antiguo dueño y del asiento en donde se halla inscrita la hipoteca y otros derechos menores. Ello resultaría una sanción al acreedor hipotecario negligente y hasta podría entenderse como una renuncia tácita.

1.4.4.1 POSIBLES CAUSALES DE CONTRADICCIÓN OPONIBLES POR EL ACREEDOR HIPOTECARIO.

En esta parte del presente trabajo de investigación, trataremos de abordar cuales podrían ser posibles causales de contradicción que el acreedor hipotecario puede deducir a efectos de que se mantenga vigente su derecho y subsista a pesar de que se extinga el derecho del anterior propietario.

Primero, debemos tener presente que la hipoteca es un derecho real de garantía y una de sus características es de ser accesorio, toda vez que se constituye para garantizar una obligación ya sea del propietario del inmueble o de algún tercero no propietario.

El acreedor hipotecario puede oponerse a la cancelación de su derecho, fundamentando su pretensión en el *“ius persecuendi”* o derecho de persecución que la hipoteca le confiere por mandato expreso e imperativo de la ley. En efecto, el artículo 1097° del Código Civil señala: *“Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.”*; concordante con lo establecido en el artículo 1117° del mismo cuerpo normativo que señala: *“El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley.”* No obstante, debemos acotar que éste derecho de

persecución no es absoluto, toda vez que conforme la propia norma señala se encuentra limitado por alguna disposición diferente de la ley.

Como hemos visto en el desarrollo de la presente investigación existen posturas doctrinarias que señalan que el “*ius persecuendi*” solo opera en las transmisiones de propiedad que son modos derivativos de adquirir la propiedad, en ese sentido afirman que, al ser la prescripción adquisitiva de dominio un modo originario de adquirir la propiedad, de nada vale al acreedor hipotecario alegar que goza del derecho de persecución. De otro lado existen posturas que señalan todo lo contrario, pues afirman que el bien se ejecutará a pesar de estar en poder de un tercero, sin importar el modo de adquisición de la propiedad, pues el tercero adquiere la propiedad con conocimiento del gravamen y decide asumir dicho gravamen, con todas las implicancias jurídicas que ello presupone.

Consideramos que estas posturas son muy restrictivas y al mismo tiempo antagónicas, toda vez que no podemos hacer prevalecer el derecho del acreedor hipotecario en detrimento del poseedor usucapiente, ni viceversa, por ello proponemos un postura intermedia.

Los presupuestos para ésta postura son:

- ✓ El primer presupuesto, después de analizar el problema planteado, es considerar que la usucapición tiene efectos retroactivos, es decir que el usucapiente es propietario desde el momento mismo en que se empieza a computar el plazo prescriptorio.

- ✓ El segundo presupuesto, es que la hipoteca es un derecho accesorio, es decir que no puede existir si no existe una obligación garantizada; conforme al artículo 1097° del Código Civil que señala: “*Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.*”
- ✓ Finalmente, el tercer presupuesto es que la hipoteca solo será válida si es constituida por el propietario; conforme al inciso 1° del artículo 1099° del código Civil señala que son requisitos para la validez de la hipoteca: “ *Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.*”

El juez deberá tener por formulada la contradicción y por apersonado al proceso al acreedor hipotecario, sin embargo deberá esperar hasta la sentencia para emitir un pronunciamiento, pues si se declara infundada la pretensión principal que es la declaración de propietario, la pretensión accesorio de cancelación de la hipoteca, seguirá la misma suerte de la pretensión principal y carecería de sentido pronunciarse sobre la contradicción. En tal sentido, para declarar fundada o infundada la contradicción del acreedor hipotecario, el juez deberá verificar el momento de constitución de la hipoteca y que además la obligación garantizada se encuentre vigente, teniendo en cuenta lo siguiente:

- ✓ En todos los casos debe existir una obligación garantizada vigente, ya que de no existir obligación alguna, la hipoteca se extingue de pleno derecho.

- ✓ Si la hipoteca se constituyó antes del inicio del plazo prescriptorio, la contradicción deberá ser declarada fundada y subsistir el derecho del acreedor hipotecario, toda vez que la hipoteca fue constituida por quien en ese momento era el legítimo propietario.
- ✓ Si la Hipoteca se constituyó durante o después del plazo prescriptorio, la contradicción deberá ser declarada infundada, toda vez que los efectos retroactivos de la prescripción adquisitiva de dominio convierten al usucapiente en propietario desde el momento del inicio del plazo prescriptorio; en consecuencia la hipoteca fue constituida por quien ya no era propietario, infringiéndose uno de los requisitos de validez de la hipoteca, establecido en el inciso 1° del artículo 1099° del Código Civil.

1.4.5 NATURALEZA DE LA SENTENCIA QUE DECLARA FUNDADA LA DEMANDA DE USUCAPIÓN.

La palabra sentencia procede del latín sintiendo, que equivale a sintiendo; por expresar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, jugando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable.

La sentencia exterioriza una decisión jurisdiccional del Estado, consta en un instrumento público, y es materialización de la tutela jurisdiccional que llena su función al consagrar un derecho mediante una declaración afirmada de que la relación sustancial discutida se encuentra en los presupuestos legales abstractos y como consecuencia de lo cual establece, en la sentencia, una norma concreta para las partes de obligatorio cumplimiento; que, el legislador produce la ley, que es una norma abstracta, a partir de

lo cual el juez, en la sentencia, produce una norma concreta aplicable a las parte en el proceso; por eso es fundamental conoce cuál es la norma que aplica, y por eso mismo tal obligación del juzgador se ha elevado al rango de garantía constitucional.

Asimismo, La sentencia es el acto cuya virtud el juez, en un proceso de cognición, declara la conformidad de una pretensión con el derecho objetivo, para proceder en su caso a su actuación. La Sentencia no contiene otra voluntad que la ley, traducida en forma concreta por obra del Juez. Esto requiere la definición en forma previa del juicio de hecho, y luego la determinación del Derecho aplicable, lo que debe ser expresado en forma clara. Por tanto el juicio lógico es el elemento esencial y característico de la sentencia.

1.4.5.1 Clases de Sentencias

Las sentencias, según la naturaleza de la pretensión pueden ser declarativas de derecho, constitutivas de derecho y de condena. En el presente trabajo hablaremos solo de las sentencias Declarativas y Constitutivas.

Las sentencias declarativas de derechos, son aquellas que hacen una mera constatación sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica, y tiene por finalidad poner fin a una situación jurídica incierta o controvertida. El derecho que en un momento determinado se presentaba incierto, adquiere certidumbre mediante la sentencia, y la norma abstracta se convierte así en disposición concreta.

De otro lado, las sentencias constitutivas de derechos, son aquellas que producen por sí misma un cambio jurídico, es decir, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica. Se pretende, con ellas, que se produzca un estado jurídico que antes no existía

Las sentencias declarativas de derecho se diferencian de las sentencias constitutivas de derecho en que estas son con efecto retroactivo hasta el momento en el que se produce la violación a derecho, motivo de la pretensión. Las Sentencias constitutivas de derecho se diferencian de las sentencias declarativas, porque estas rigen hacia el futuro, a partir de la creación, modificación o extinción de la situación jurídica.

1.4.5.2.- Pronunciamientos de la Corte Suprema.

La naturaleza de la sentencia de prescripción adquisitiva, ha merecido pronunciamientos contradictorios por parte de los magistrados de la Corte Suprema, así respecto a que la sentencia es declarativa tenemos:

"La usucapión opera de pleno derecho, y la ley no obliga que para adquirir este derecho tenga previamente que obtenerse sentencia favorable que así lo declare dentro de un proceso sobre prescripción adquisitiva de dominio, dado que el artículo 952 del Código Sustantivo, es claro al establecer que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario; aunque claro está, el pleno efecto erga omnes sólo derivará de la usucapión reconocida por sentencia judicial e inscribibles en los registros públicos conforme a la parte final del citado artículo" (Cas. 2792-2002-Lima)²³.

En esta misma línea jurisprudencial también se ha expresado que:

²³ Cas. N° 2792-2002- Lima su fecha 29 de Marzo de 2004, proceso seguido por Rosario Hemández Chávez y otra contra la Sucesión de José Gonzales Li sobre prescripción adquisitiva de dominio.

"El proceso de prescripción adquisitiva no es uno constitutivo sino uno declarativo para comprobar que se ha cumplido con los requisitos de Ley para usucapir" (Cas.1362-2007)²⁴

"La regulación contemplada en el artículo 950° del Código Civil sobre los requisitos de la usucapión no contiene disposición expresa que exija para la adquisición del derecho de propiedad por dicha vía, además de los ya señalados, sentencia favorable firme por parte del órgano jurisdiccional; criterio este que se sustenta en el artículo 952° del Código Civil, por cuanto este dispositivo es expreso cuando señala que: "Quien adquiere un bien por prescripción", esto es, quien ya adquirió la condición de propietario de un bien por cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 950°, "puede", no que deba, vale decir, es potestativo del adquirente, "entablar juicio para que se le declare propietario", y no para que se le constituya en propietario, esto es, para que se le reconozca como propietario (...) siendo el proceso judicial respectivo y la sentencia dictada en el mismo por el órgano jurisdiccional meramente de carácter declarativo, reconocedora de que luego de la probanza respectiva ha operado ya la usucapión; (...) De acuerdo a todo lo expuesto, reiteramos la acción de prescripción adquisitiva es evidentemente declarativa en tanto busca el reconocimiento de un derecho a partir de una situación de hecho determinada."'²⁵

Por otro lado, para sostener que la usucapión requiere de una declaración constitutiva (pronunciada por autoridad judicial o administrativa) se ha manifestado que:

²⁴ cas.1362-2007- Apurímac su fecha 30 de Octubre de 2007, proceso seguido por Sergio Augusto Ripa Mendoza contra la Municipalidad Provincial de Andahuaylas sobre reivindicación.

²⁵ Cas.750-2008- Apurímac, su fecha 11 de Enero de 2010, proceso seguido por Lucio Vásquez Contra La Municipalidad De Cajamarca, sobre prescripción adquisitiva.

" (...) no basta con que el poseedor acredite que ha ejercido su derecho de posesión por el periodo de tiempo previsto en la norma sustantiva, para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso y que, por tanto, resulte ser meramente declarativa la sentencia que señala al poseedor beneficiario como propietario, toda vez que la sentencia que declara propietario al poseedor no es declarativa sino constitutiva de derechos, pues a partir de la sentencia firme es que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular(...)" (Cas. 1166-2006-Lima).²⁶

Siguiendo esta misma línea la Corte Suprema ha señalado que:

"La concurrencia de los requisitos de continuidad, pacificidad y publicidad de la posesión que allí se detallan, así como la idoneidad del justo título y de la buena fe, si los hubiere, deben configurarse dentro del periodo de tiempo establecido para la prescripción, cumplidos estos entonces se genera un derecho expectatio competente y mediante sentencia firme que declare propietario al beneficiario. Por ello, no basta con que el poseedor acredite que ha ejercido su derecho de posesión por el periodo de tiempo previsto en la norma sustantiva para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular. (...) Se concluye que es necesaria una sentencia judicial firme para que el derecho de propiedad pueda ser plenamente ejercido y sea oponible a terceros, dado que mientras subsista la inscripción del

²⁶ Cas. N°1166-2006-Lima, proceso seguido por Doris Carmela Ampuero Gómez contra María Laurente Pucllas sobre desalojo por ocupación precaria.

derecho del propietario original- en el caso de bienes registrables- este puede ejercer la reivindicación como la acción real por excelencia”. ²⁷

1.4.5.3 Posición del tesista sobre la naturaleza de la sentencia de usucapión.

Estando a las posiciones contradictorias de la Corte Suprema, consideramos que la sentencia de prescripción adquisitiva de dominio es evidentemente declarativa, por lo que discrepamos con el punto de vista de la Corte Suprema, pues, la doctrina es unánime en considerar el carácter declarativo de las sentencias estimatorias que se dictan en el proceso de prescripción adquisitiva, así tenemos que para Gunther Gonzales la prescripción adquisitiva de dominio opera desde el momento en que se inicia la posesión y no desde que vence el plazo, resultando cierta la postura en el sentido de que la propiedad se adquiere con la posesión cualificada, sin necesidad de exigencia formal por parte de la autoridad o funcionario público.

Ramírez Cruz, precisa que el fallo que declara la usucapión no es constitutivo del derecho de propiedad, sino meramente declarativo, puesto que solamente se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho petitionado. Agrega quien adquiere un bien por usucapión con todas las formalidades legales y procesales, se halla protegido por la ley, es decir que no prosperará la reivindicación que contra él promueva el antiguo propietario²⁸.

²⁷ Cas. N° 3332-2013- La libertad, proceso seguido por Ramón Bazán Alfaro contra César Augusto Villalobos Castillo, sobre prescripción adquisitiva.

²⁸ Ramírez Cruz, Eugenio. Tratado de los Derechos Reales. Editora Rodhas. Lima 2003. Tomo II. Pág. 250

También, Marianella Narváez opina que, *"la propiedad por prescripción se adquiere con la satisfacción de los supuestos señalados y que recogen los artículos 950 y 951 del CC, no siendo necesario para que se configure tal situación jurídica el reconocimiento de la jurisdicción, ésta opera, y genera sus efectos como tal, al margen de la declaración de esta (...) "*²⁹

La sentencia estimatoria obtenida en un proceso de prescripción adquisitiva es declarativa, debido que el juez tiene por función esencial ante esta pretensión la de verificar que el actor haya cumplido con todos los presupuestos exigidos por ley: cumplimiento del plazo, posesión pacífica, continua, pública y como propietario.

El fin de este proceso consiste en que el actor busca se le reconozca judicialmente como propietario del bien, pues su derecho a la propiedad lo obtuvo al cumplimiento del plazo fijado en la ley con los otros presupuestos señalados, lo único que le falta al actor es consolidar su derecho con una decisión judicial, meramente declarativa. Cuando una persona va al proceso judicial peticionando prescripción adquisitiva de un bien, tiene en realidad ya ganado el derecho extra-proceso (cumpliendo con todas las exigencias de la norma sustantiva), el juez simplemente va a declarárselo judicialmente y ratificar su condición de nuevo dominus del bien, generarle así un título judicial que le sirva para acreditarlo documentalmente, posiblemente también para inscribirlo, pero nada más.

Es importante recordar que el artículo 950° del Código Civil establece que: *"la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años (...) "*, como se puede advertir el artículo referido, no contiene disposición expresa que exija la existencia de sentencia

²⁹ Ledesma Narváez, Marianella. 2007. ¿Se requiere del reconocimiento judicial para que opere la prescripción adquisitiva? Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., N° 1 OO. Lima

favorable firme por parte del órgano jurisdiccional para adquirir la propiedad, pues la usucapión opera de pleno derecho ipso iure, por el solo cumplimiento del tiempo y requisitos fijado en la ley ; criterio que se sustenta en el artículo 952° del Código Civil, por cuanto este dispositivo es expreso cuando señala que: “*Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario*”, es decir, quien ya adquirió de pleno derecho la condición de propietario de un bien por cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 950°, puede entablar juicio para que se le declare propietario no para que se le constituya en propietario, una interpretación en contrario sería atentar contra el texto claro y expreso de la ley. Asimismo, al utilizar el término “puede”, es evidente que el acudir al órgano jurisdiccional no es imperativo, sino que es potestativo del adquirente decidir ello; sobre este punto es importante hacer notar que la vía jurisdiccional, no es la única vía que tiene el usucapiente para que se declare su derecho de propiedad, pues también puede acudir a la vía notarial para que el notario de acuerdo a sus atribuciones le declare propietario; asimismo puede acudir vía administrativa ante un ente edil, para que mediante un acto administrativo se reconozca y declare su derecho de propiedad.

Por tanto, no se puede afirmar que la sentencia de prescripción adquisitiva hace nacer el derecho de propiedad a favor del actor, este derecho ya lo obtuvo antes de iniciar el proceso, es decir la sentencia no da nacimiento a una nueva relación jurídica, ésta ya existe antes de iniciarse el proceso, solo hay que declararla; máxime si como se ha acotado, la sentencia judicial no es el único instrumento mediante el cual se declara el derecho de propiedad, sino que también lo será la Escritura Pública que expida el notario o la resolución de alcaldía, que se expidan con ocasión de un procedimiento de prescripción adquisitiva vía notarial o municipal.

1.4.6 EFECTOS DE LA SENTENCIA FIRME QUE DECLARA FUNDADA LA DEMANDA DE USUCAPIÓN.

1.4.6.1 EFECTOS RETROACTIVOS.

Para MAZEUD este efecto, “resulta que los actos celebrados por el poseedor, durante el plazo de usucapión, se encuentran convalidados; y que el poseedor es propietario, retroactivamente de todos los frutos percibidos, incluso de mala fe, en el transcurso de ese plazo, la usucapión lleva a adquirir el derecho del titular precedente en el estado en que se encontraba al comienzo de la posesión”.

Para RAMIREZ CRUZ el fundamento de este efecto retroactivo, es que, tiende a consolidar los actos que, como titular (sin aun ser reconocido) de tal derecho, realizó aquel durante el transcurso de la usucapión y si los efectos de su adquisición solo se dieran a partir de que se produce la declaración, aquellos actos serían atacables en cuanto se presumiría que fueron realizados por quien no tenía derecho para realizarlos. Por tanto, esta regla tiene por finalidad proteger a los terceros que, en razón de la apariencia, hayan tratado con el poseedor; esta retroactividad origina las siguientes consecuencias:

- El poseedor usucapiente, aunque se probara su mala fe, no está obligado a restituir o pagar los frutos del bien.

- Los derechos reales otorgados por el usucapiente resultan válidos y firmes.
- Los derechos reales constituidos por el dueño anterior, durante el curso de la usucapión serían nulos, porque fueron convenidos por quien no era dueño del inmueble, toda vez que se considera como propietario al usucapiente desde que se inició su posesión.

Sin embargo, debemos acotar que en nuestro ordenamiento jurídico no se prevé expresamente la eficacia retroactiva de la prescripción adquisitiva. Por el contrario, existen algunos sistemas jurídicos que si regulan la retroactividad, tal como ocurre con el Código Civil de Portugal. (*Art. Retroactividad de la usucapión.- Invocada la usucapión, sus efectos se retrotraen a la fecha del inicio de la posesión.*). La doctrina Portuguesa (*Pires de Lima y Antunes Varela*) aclara que en los casos de usucapión ordinaria, la retroactividad de la usucapión se computa a partir de la posesión, y no a la fecha del título³⁰.

La Corte Suprema, en la Casación 750-2008 Cajamarca, señaló lo siguiente:

“NOVENO.- Ahora bien, establecido que la usucapión opera de pleno derecho, es decir, que el efecto de la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien en virtud a una posesión cualificada y por el término legal opera por la satisfacción y comprobación de tales requisitos corresponde ahora determinar cuáles son sus efectos en el tiempo, esto es, si se es propietario recién a partir del cumplimiento de los diez años o cinco años de posesión, junto con los demás

³⁰ Gunther Gonzáles Barrón, “La Usucapión, Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio”, Jurista Editores, Tercera Edición, pg. 365.

requisitos, o se retrotrae al momento en que se inició la posesión; al respecto esta Sala de Casación se inclina por la posición de estimar que una vez configurada la usucapión, esto es, cumplidos todos los requisitos establecidos en el artículo 950° del Código Civil, ésta nos coloca en la situación de considerar la existencia de una ficción legal en virtud de la cual los efectos de la usucapión deben retrotraerse al momento en que se inició la posesión, dado que es en base a la realidad de dicha posesión durante un lapso de diez años o ya de cinco años que se adquirió el derecho de propiedad.”

Al respecto, el Tribunal Registral en la RESOLUCIÓN N° 009-97-0RLC/TR, señaló lo siguiente:

“Que, de acuerdo a lo expresado por Manuel Albaladejo (Derecho Civil, 3ra. Edición. Tomo III, Vol 1, citado por Jorge Avendaño en Derechos Reales - PUCP), si bien la adquisición se produce al cumplirse el plazo que, en cada caso, la Ley marca, sin embargo, tiene efectos retroactivos que alcanzan hasta el momento en que empezó a usucapirse. Es decir, el usucapiente se convierte en titular del derecho al final del plazo, pero éste le es reconocido como si le correspondiese desde el principio. Efecto retroactivo que viene exigido por el propio papel que la usucapión desempeña, ya que consolida los actos que como titular (sin serlo) del derecho, realizó el usucapiente durante el transcurso de la posesión, y sin tal efecto de la adquisición, aquellos actos serían atacables en cuanto realizados por quien no tenía derecho a verificarlos.”

1.4.6.2 EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA Y OTROS GRAVÁMENES Y CARGAS.

Para GONZALES BARRÓN, la doctrina debate desde hace buen tiempo, si la usucapión conlleva la extinción, o no, de los derechos reales menores o las cargas que gravasen el bien. Algunos doctrinarios, responden afirmativamente, sustentándose en el carácter originario, y no derivativo, de la prescripción adquisitiva de dominio, hecho que daría lugar a la extinción de todos los derechos menores, pues el objeto de la prescripción de dominio es que la cosa se adquiere fuera de todo obstáculo anterior. Ésta sería la solución lógica por la naturaleza originaria de la usucapión, pues con ello se rompe la historia previa de dominio, por lo que no parece razonable la subsistencia de las cargas referentes a un dominio, que precisamente se cancela y extingue.

Este efecto de extinción de cargas y gravámenes que produce la prescripción Adquisitiva de dominio, es lo que en doctrina se denomina *Usucapio Libertatis*, esto es, la usucapión como medio para liberarse de los gravámenes; sin embargo cabe señalar que dicho efecto en el Código Civil Peruano se encuentra limitado, pues el artículo 952 del C.C. señala que “*La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.*”, pero expresamente no dice nada de que se deban cancelar las inscripciones de los titulares de los derechos reales menores o del acreedor hipotecario; por tanto es evidente que existe un vacío en la ley que expresamente no regula la extinción de cargas y gravámenes con ocasión de la usucapión.

No obstante, si bien en nuestro código civil no se ha regulado el efecto extintivo de la usucapión sobre cargas y gravámenes, lo cierto es que tampoco se ha prohibido expresamente dicho efecto. En tal sentido, consideramos que ésta falta de regulación normativa, no impide a los jueces emitir pronunciamiento cuando en las demandas de prescripción adquisitiva de dominio, accesoriamente se peticione la extinción y cancelación de todas las cargas y gravámenes que afectan el inmueble materia de usucapión, en este punto es preciso acotar que conforme al artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, se ha establecido la obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley, señalando: *“Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspirar el derecho peruano.”*. Constituyendo además un mandato constitucional, reconocido en el inciso 8 del artículo 139 de la constitución política del Perú, en donde se considera como principio de la función jurisdiccional: *“El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”*.

En este punto, GONZALES BARRÓN, siguiendo a autorizada doctrina Italiana señala que existe una segunda postura doctrinaria a favor del efecto de extinción de cargas y gravámenes, esta segunda postura señala que a falta de un expreso dato normativo, se hace necesario referirse al *“principio de extinción de los derechos por incompatibilidad”*, principio por el cual, las situaciones jurídicas se extinguen cuando sobrevienen circunstancias de hecho o de derecho con ellas incompatibles. En buena cuenta, quien posee en forma plena un bien ganará por usucapión sin ninguna vinculación con los gravámenes anteriores, pero no por usucapio libertatis, sino por la cesación de efectos de los derechos incompatibles con el derecho del nuevo propietario.

Por otro lado, en vía administrativa si se prevé el efecto extintivo de la usucapión sobre cargas y gravámenes. El primer antecedente fue el Decreto Supremo 05-2005-JUS-Reglamento de la Ley N° 28391- Ley de Formalización de la Propiedad Informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares, regulaba en su artículo 77.6° y 92° la declaración de la prescripción adquisitiva de la propiedad en vía administrativa, y que a diferencia de la vía judicial, aquella abre la posibilidad de desafectar el bien adquirido por prescripción de toda carga y gravamen;³¹. Este Decreto Supremo fue derogado por el Decreto Supremo N° 006-2006-Vivienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 28687, sin embargo entre sus disposiciones se sigue contemplando el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio a cargo de las municipalidades; asimismo, regula la posibilidad de la cancelación de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular del gravamen haya sido notificado y no se hubiera opuesto a la cancelación del mismo; como vemos, en la declaración de prescripción en la vía administrativa, existe un precedente legal de regulación de este efecto sobre los gravámenes y cargas que recaen sobre el bien.

“Art. 74.- Cumplidos los requisitos que establecen la ley y el presente reglamento, y siempre que la oposición no sea amparada, se procederá a emitir la resolución respectiva, declarando fundada o fundada en parte la pretensión de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio (...)

³¹ Artículo 77.6 y 92 del Decreto Supremo 05- 2005 –JUS que es el Reglamento de La Ley N° 28391- Ley de Formalización de la Propiedad Informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares, señala: Con ocasión de la declaración de prescripción adquisitiva administrativa por parte de la autoridad municipal se ordenará entre otras cosas la cancelación de de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular del gravamen haya sido notificado y que no se hubiere opuesto a la cancelación del mismo

14, condicionado entonces a que se hubiera notificado al acreedor hipotecario y que este no se hubiera opuesto.

disponiéndose la inscripción de los siguientes actos: (...) 74.3 La cancelación de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular de la carga o gravamen haya sido notificado y no se hubiere opuesto a la cancelación del mismo (...) ”.

El Tribunal Registral en la Resolución N° 180-2006-SUNARP-TR, estableció lo siguiente: “ *La resolución del ente edil que dispone la cancelación de cargas y gravámenes de un predio usucapido dentro del marco del Decreto Supremo N° 005-2005-JUS, tiene eficacia en el Registro para levantar dichas medidas sin necesidad de recurrir al Poder Judicial.*”

1.5 DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO Y EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO COMPARADO.

1.5.1 En la Legislación Colombiana

El Código Civil Colombiano, de la mano con el de Procedimiento Civil, otorgan a todas aquellas personas que tienen o conocen alguien tener un inmueble con una hipoteca de hace muchos años, y se preguntan si algún día el acreedor puede llegar a cobrarles vía proceso judicial, el derecho a solicitar ante el Juez competente, mediante Demanda, que declare la Prescripción de la Acción Hipotecaria, lo cual constituye un gran alivio para el propietario y demás interesados.

Se entiende entonces, que la deuda hipotecaria se puede tornar inexigible, si se deja pasar el suficiente tiempo -10 años- sin ejercer las acciones de cobro, los 10 años que se cuentan desde el momento en que le haya sido exigible el cobro de la obligación

fundamental. Es sencillo cuando la hipoteca es de las denominadas "cerradas", porque cuando se trate de hipotecas abiertas, o sea sin límite de cuantía y que garantizan obligaciones anteriores o posteriores. En estos casos hay que resolver con Jurisprudencia el interrogante.

Las hipotecas, valga decir, se extinguen de manera principal, es decir por pasar más de 10 años sin ejercer la acción correspondiente, o de manera consecuencial, o sea que si el crédito garantizado por hipoteca prescribe, la hipoteca al ser accesorio también tiene el mismo destino, porque sobrevive según a la obligación que se encuentre atada.

El Artículo 2534 del Código Civil Colombiano señala: “La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción.” Asimismo en el artículo 2538, del mismo cuerpo normativo, se establece: “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá tuvo la oportunidad de pronunciarse en providencia reciente, en la cual manifestó que las Hipotecas Abiertas prescriben al cabo de determinado tiempo de no ejercer las acciones correspondientes, pero en el entendido de que la vida jurídica de una hipoteca abierta depende de si hay obligaciones pendientes o no, ya que por su carácter accesorio ningún gravamen hipotecario puede subsistir. Y si era el caso de una hipoteca abierta, pero no aparece

evidencia de deudas pendientes, debe declararse prescrita cumplidos los demás requisitos legales.

1.5.2 En la Legislación Argentina

El art. 3948 del código civil argentino, establece que la prescripción para adquirir es un “derecho” por el cual un poseedor de una cosa “inmueble” adquiere “la propiedad de ella”, por la continuación de la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

Ante esta definición, se ha criticado que no es exacta en cuanto dice que la prescripción es un derecho, pues genéricamente es una institución, y particularmente para el dominio es un modo de adquisición. Además también alcanza a las cosas muebles, y no es solamente para adquirir la propiedad sino también otros derechos reales.

Cosas susceptibles de usucapión pueden ser inmuebles (art. 4015) o muebles (art. 4016 bis), pero no pueden ser adquiridas por prescripción las que están fuera del comercio, ni tampoco las que son del dominio público del Estado, porque ellas son inenajenables e imprescriptibles, y además porque estando afectadas al uso común (art. 2341), nadie podría arrogarse su uso y goce en forma exclusiva. Pero sí pueden ser objeto de usucapión ciertos bienes privados del Estado o de las provincias, como las tierras públicas y los bienes vacantes o mostrencos.

La usucapión larga, es denominada veinteñal, el Art. 4015 del CC argentino señala: “prescribese también la propiedad de cosas inmuebles de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor salvo

lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título.” Asimismo, la prescripción “breve”, es denominada decenal, el Art. 3999 del CC argentino señala: “El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años”.

También el Art.4017 del CC argentino señala: “Por sólo el silencio o inacción del acreedor, por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación”.

Asimismo, el derecho de persecución solo opera en las transmisiones de propiedad que son modos derivativos de adquisición, conforme al Artículo 3162 del CC argentino que establece: *“Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor. Pero, si la cosa enajenada fuere mueble, que sólo estaba inmovilizada y sujeta a la hipoteca, como accesorio del inmueble, el acreedor no podrá perseguirla en manos del tercer poseedor”*.

1.5.3 En la Legislación Española

El código civil español, por su parte, en su artículo 1930º señala que por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.

Por su parte el código español indica que cualquier interesado en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario (art. 1937º).

La legislación española (art. 1933°), mexicana (art. 1144°) y uruguaya (art. 1202°) regulan que la prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás.

Para los españoles, el plazo prescriptorio es de 10 años conforme a su artículo 1957°, igual que para los venezolanos (art. 1979°), pero en España esto rige entre sujetos presentes; pues si se trata de personas ausentes, el plazo se amplía a 20 años.

En la misma línea, para los efectos de la prescripción, se considera ausente al que reside en el extranjero o en ultramar (art. 1958). Y si el sujeto estuvo parte del tiempo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente. Además, la ausencia que no fuere de un año entero y continuo, no se tomará en cuenta para el cómputo.

Por su parte, el artículo 1960° estipula que, a efectos del cómputo del tiempo necesario para la prescripción, el poseedor actual puede completar el tiempo uniendo al suyo el de su causante. También se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario. Y, además, el día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad.

1.5.4 En el derecho Anglosajón

La usucapión tiene plena vida en el Common Law, aunque con el nombre de adverse possession, que bien puede traducirse como “posesión contradictoria”, lo cual implica que se trata de una posesión en contradicción al título del propietario. En el Derecho inglés, por ejemplo, se admite la usucapión contra el registro luego de doce años según la LAND REGISTRATION ACT de 2002, aunque el sistema es bastante detallista y complicado, de acuerdo a la conocida complejidad del régimen de propiedad en ese país, el que tiene un origen histórico feudal. Por su parte, en el Derecho de

Irlanda, uertemente inspirado por el sistema inglés, el plazo de la adverse possession es también de doce años a favor del poseedor en concepto de dueño (squatter), según el STATUTE OF LIMITATIONS (Ley de Restricciones) de 1957.

1.5.5 En la Legislación Italiana y Alemana.

La usucapió libertatis, usucapión libre de gravámenes, del Derecho romano, acogida por diversos códigos, siendo que el art. 1153 del Código civil italiano dispone que aquel que ha adquirido bienes muebles de parte de quien no es el propietario, adquiere la propiedad mediante la posesión siempre que haya actuado de buena fe en el momento de la entrega y cuente con título idóneo para la transferencia de la propiedad. La propiedad se adquiere libre de derechos ajenos sobre la cosa, si estos no resultan del título y existe, la buena fe del adquirente.

El artículo 1.153 del Codice Civile Italiano, señala *“Aquel a quien son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquiere su propiedad mediante la posesión, siempre que sea de buena fe al momento de la entrega y subsista un título idóneo para la transmisión de la propiedad. La propiedad se adquiere libre de los derechos ajenos sobre la cosa, si éstos no resultan del título y existe buena fe del adquirente”*.

Por su Parte el art. 945 del BGB alemán dispone: *“Con la adquisición de la propiedad por usucapión se extinguen los derechos de terceros establecidos sobre la cosa antes de la adquisición de la posesión en concepto de dueño, a no ser que el poseedor en*

concepto de dueño no esté de buena fe, con relación a estos derechos, al adquirir la posesión o se entere más tarde de su existencia”.

El plazo de usucapión tiene que haber transcurrido también en relación con el derecho del tercero; las disposiciones de los parágrafos 939 y 944 se aplican oportunamente. Consagra este artículo la Usucapión liberatoria o usucapió libertatis, institución, que como se ha señalado, tiene su fundamento en la máxima tantum praescriptum quantum possessum, la cosa que se ha poseído como libre, como libre de cargas se adquiere. Como dice HEDEMANN³², los posibles derechos de terceros sobre la cosa, por ej., un usufructo, se extinguen al mismo tiempo; no sólo es usucapida la propiedad, sino también, al mismo tiempo, su estado de libertad. El usucapiente con título y buena fe tiene que atenerse a las cargas y gravámenes que aparecen del título.

³² HEDEMANN, J.W., ob.cit., p.198

CAPÍTULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema jurídico materia de la presente investigación consiste en que actualmente en nuestro Código Civil no se ha regulado expresamente cuales son los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio frente a la hipoteca y otros gravámenes y cargas que pudieran existir sobre el inmueble, si el usucapiente adquiere la propiedad asumiendo todas las cargas y gravámenes que pesan sobre el inmueble, o si por el contrario éstas deben extinguirse.

El caso que se presenta en la realidad es que el propietario de un inmueble cuyo derecho de propiedad se encuentra debidamente inscrito en los Registros Públicos, pero que no ejerce la posesión del inmueble, constituye garantía hipotecaria a favor de un acreedor, quedando la hipoteca inscrita en Registros Públicos.

Como sabemos conforme al artículo 1097° del Código Civil, la hipoteca otorga al acreedor garantizado los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado, concordante con el artículo el artículo 1117° del Código civil que establece: “El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que este en poder de un tercero salvo disposición diferente de la ley.”

Por otro lado, el poseedor adquiere la propiedad del inmueble hipotecado, vía prescripción adquisitiva de dominio y cuenta con sentencia judicial firme que así lo declara e inscribe su derecho de propiedad y se cancela el asiento registral del anterior

propietario. Al respecto el Artículo 952° del Código Civil, señala: *“Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.”* Como podemos advertir actualmente en el código civil no se regula expresamente cuales son los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio frente a la hipoteca y otros gravámenes y cargas que pudieran existir sobre el inmueble, si el usucapiente adquiere la propiedad asumiendo todas las cargas y gravámenes que pesan sobre el inmueble, o si por el contrario éstas deben extinguirse y adquirir el inmueble realengo libre de cargas y gravámenes y debe así ordenarlo el juez en la sentencia.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio puede constituir causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el Acreedor Hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada Infundada?

2.2. OBJETIVOS

2.2.1. OBJETIVO GENERAL:

- ✓ Determinar si la sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio puede constituir causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.

2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- ✓ Determinar la naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio, sus características y efectos.
- ✓ Determinar los alcances de los derechos que la hipoteca confiere al acreedor hipotecario y su oponibilidad frente al derecho de propiedad de terceros.
- ✓ Establecer si es posible la ejecución de un inmueble hipotecado que ha sido adquirido vía usucapión.
- ✓ Examinar el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del tema de investigación en el derecho comparado.

2.3. HIPÓTESIS GENERAL

“La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el acreedor hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada”.

2.3.1. VARIABLES

2.3.1.1. Variable Independiente:

V1: En el supuesto de que el Acreedor Hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada.

2.3.1.2. Variable Dependiente:

V2: La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.

2.3.2. CONCEPTUALIZACIÓN DE VARIABLES

V1: En el supuesto de que el Acreedor Hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada.

- **V1¹.- Acreedor hipotecario:** Acreedor que goza de un derecho de hipoteca sobre un inmueble del deudor. Este derecho constituye una garantía que le permite obtener la entrega del producto de la venta del inmueble embargado, con preferencia a los demás acreedores.

- **V1².- Notificación de la demanda:** La notificación de la demanda es el acto procesal por el cual las partes toman conocimiento del proceso, su observancia es de ineludible cumplimiento por ser una norma de orden público y una garantía de la administración de justicia. El artículo 430 del Código Procesal Civil, establece: “Si el juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confirmando traslado al demandado para que comparezca al proceso”.

➤ **VI³.- Oposición:** La oposición procesal es entendida como la acción y efecto de impugnar un acto o conjunto de actos; mediante recurso, incidente, querella, demandando su invalidación (COUTURE). Puede tener por objeto la invalidez por nulidad (defecto del acto: error in procedendo) o la reforma por improcedencia jurídica (defecto de aplicación del derecho: error in iudicando). Puede ser, también, la simple oposición a las pretensiones de la contraparte. En este sentido se habla de oposición a la demanda, de oposición a la reconvencción, de oposición al recurso, de oposición a la ejecución, etc. En esencia, es la declaración de voluntad del demandado pidiendo al tribunal la no actuación de la pretensión del actor. Si aquél se limita a negar los elementos de la pretensión estamos en la oposición denominada simplemente negación. La oposición procesal se presenta en los juicios contenciosos como todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro se propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto: como la oposición al matrimonio cuando existe algún impedimento para la celebración o alguna causa que determina su nulidad; o cuando en juicio alguien alega un crédito preferente al del ejecutante; y, en general cuando no signifique allanamiento a lo pedido por otro. En tal aspecto, la contestación del demandado es la oposición a la demanda, como ejemplo tenemos: escrito de oposición del ejecutado, oposición en el concurso civil y en la quiebra, recurso de oposición de tercero)

V2: La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.

- **V2¹.- Sentencia Firme:** Se entiende por sentencia firme, cuando ha sido consentida por las partes en forma expresa o tácitamente, dejando pasar los plazos sin presentar impugnación; o cuando se ha dado el fallo del último tribunal que puede entender la causa.
- **V2².- Prescripción Adquisitiva De Dominio:** Para Albaladejo señala que la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio es la adquisición de dominio u otro derecho real posible, por la posesión continuada del mismo durante el tiempo y con las condiciones que fija la ley como un modo de adquirir la propiedad.
- **V2³.- Hipoteca:** La Hipoteca es el derecho real destinado a garantizar el pago de un crédito, sin desposeer al propietario del bien gravado. Permite al acreedor, si no se le paga el crédito, requerir la venta del bien al vencimiento de la deuda, sin que importe en poder de quien se encuentre (derecho de persecución), y cobrarse con el precio de la venta antes que los demás acreedores (derecho preferente).
- **V2⁴.- Cancelación Registral:** El sentido jurídico de cancelar es “dejar sin efecto”. Aplicada a materia registral equivale a dejar sin efecto algún asiento registral con el objeto que dicho asiento no continúe

perjudicando a tercero. En su lugar, la cancelación será el asiento que produzca efectos frente a terceros.

2.3.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

HIPOTESIS	VARIABLES	CONCEPTUALIZACIÓN	INDICADORES	FUENTES
La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el Acreedor Hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada.	V1: En el supuesto de que el Acreedor Hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada.	<p>V1¹.- ACREEDOR HIPOTECARIO: Acreedor que goza de un derecho de hipoteca sobre un inmueble del deudor. Este derecho constituye una garantía que le permite obtener la entrega del producto de la venta del inmueble embargado, con preferencia a los demás acreedores.</p> <p>V1².- NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA: La notificación de la demanda es el acto procesal por el cual las partes toman conocimiento del proceso, su observancia es de ineludible cumplimiento por ser una norma de orden público y una garantía de la administración de justicia. El artículo 430 del Código Procesal Civil, establece: “Si el juez califica la demanda positivamente, da por ofrecidos los medios probatorios, confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso”</p> <p>V1³.- OPOSICIÓN: La oposición procesal es entendida como la acción y efecto de impugnar un acto o conjunto de actos; mediante recurso, incidente, querella, demandando su invalidación (COUTURE). Puede tener por objeto la invalidez por nulidad (defecto del acto: error in procedendo) o la reforma por improcedencia jurídica (defecto de aplicación del derecho: error in iudicando). Puede ser, también, la simple oposición a las pretensiones de la contraparte. En este sentido se habla de oposición a la demanda, de oposición a la reconvencción, de oposición al recurso, de oposición a la ejecución, etc. En esencia, es la declaración de voluntad del demandado pidiendo al tribunal la no actuación de la</p>	<p>V1¹i¹.- Acreedor Hipotecario ve respaldado su crédito a través de la hipoteca.</p> <p>V1²i¹.- La notificación de la demanda es el más importante acto procesal.</p> <p>V1³i¹.- La oposición es la declaración de voluntad por la cual se manifiesta disconformidad con la pretensión del actor.</p>	<p>-Constitución política del Perú de 1993.</p> <p>-Código Civil Peruano de 1984.</p> <p>-Doctrina.</p> <p>-Derecho comparado.</p> <p>Constitución política del Perú de 1993.</p> <p>-Código Procesal Civil Peruano.</p> <p>-Doctrina.</p> <p>-Derecho comparado.</p> <p>Constitución política del Perú de 1993.</p> <p>-Código Procesal Civil Peruano.</p> <p>-Doctrina.</p> <p>-Derecho comparado.</p>

		<p>pretensión del actor. Si aquél se limita a negar los elementos de la pretensión estamos en la oposición denominada simplemente negación. La oposición procesal se presenta en los juicios contenciosos como todo acto cuyo objeto consiste en que no se lleve a efecto lo que otro se propone, vaya esto en perjuicio de uno mismo o de alguien distinto: como la oposición al matrimonio cuando existe algún impedimento para la celebración o alguna causa que determina su nulidad; o cuando en juicio alguien alega un crédito preferente al del ejecutante; y, en general cuando no signifique allanamiento a lo pedido por otro. En tal aspecto, la contestación del demandado es la oposición a la demanda, como ejemplo tenemos: escrito de oposición del ejecutado, oposición en el concurso civil y en la quiebra, recurso de oposición de tercero)</p>		
	<p>V2: La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituye causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral</p>	<p>V2¹.- SENTENCIA FIRME:</p> <p>Se entiende por sentencia firme, cuando ha sido consentida por las partes en forma expresa o tácitamente, dejando pasar los plazos sin presentar impugnación; o cuando se ha dado el fallo del último tribunal que puede entender la causa.</p>	<p>V2¹i¹: La sentencia es firme cuando no procede contra ella recurso impugnatorio alguno por haber sido consentida o ejecutoriada alcanzando la autoridad de cosa juzgada.</p>	<p>-Constitución política del Perú de 1993. -Código procesal civil Peruano de 1984. -Doctrina.</p>
	<p>V2: La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituye causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.</p>	<p>V2².- PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO: Para Albaladejo señala que la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio es la adquisición de dominio u otro derecho real posible, por la posesión continuada del mismo durante el tiempo y con las condiciones que fija la ley como un modo de adquirir la propiedad.</p>	<p>V2²i¹: Por la prescripción adquisitiva de dominio se adquiere la propiedad ejerciendo la posesión durante el tiempo y con las condiciones que fija la ley</p>	<p>-Constitución política del Perú de 1993. -Código Civil Peruano. Código Procesal Civil. -Doctrina. -Derecho comparado.</p>
		<p>V2³.- HIPOTECA: La Hipoteca es el derecho real destinado a garantizar el pago de un crédito, sin desposeer al propietario del bien gravado. Permite al acreedor, si no se le paga el crédito, requerir la venta del bien al vencimiento de la deuda, sin que importe en</p>	<p>V2³i¹:.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía de un crédito.</p>	<p>Constitución política del Perú de 1993. -Código Civil Peruano de 1984. -Doctrina. -Derecho comparado. Constitución política del Perú</p>

		<p>poder de quien se encuentre (derecho de persecución), y cobrarse con el precio de la venta antes que los demás acreedores (derecho preferente).</p> <p>V2⁴.- CANCELACION REGISTRAL: El sentido jurídico de cancelar es “dejar sin efecto”. Aplicada a materia registral equivale a dejar sin efecto algún asiento registral con el objeto que dicho asiento no continúe perjudicando a tercero. En su lugar, la cancelación será el asiento que produzca efectos frente a terceros.</p>	<p>V2⁴i¹: Por la cancelación registral, se deja sin efecto un asiento registral.</p>	<p>de 1993.</p> <p>-Código procesal civil peruano de 1984.</p> <p>-Reglamento de Registros públicos.</p> <p>-Doctrina.</p>
--	--	--	---	--

2.4. DISEÑO O CRITERIO METODOLÓGICO A EMPLEAR PARA LA PROBANZA DE LA HIPÓTESIS

La presente tesis es de carácter descriptivo, correlacional, no experimental y documental. En el presente trabajo se ha utilizado un tipo de investigación exploratoria y descriptiva, la cual me ha ayudado a obtener toda la información sobre el tema propuesto.

El diseño de investigación es documental, porque los datos que servirán para poder responder al problema de investigación, en principio lo vamos obtener de una fuente de información como son legislación, doctrina y jurisprudencia relacionada al tema.

Las técnicas utilizadas en el presente trabajo han sido la recopilación y análisis de documentación referente al tema tratado, lo cual he complementado con diversos métodos de investigación, como lo son los métodos inductivo y comparativo.

Los métodos utilizados en la presente investigación, son el exegético y dogmático como métodos de investigación jurídica; el método histórico y sociológico como método de interpretación jurídica, y el de principios generales del derecho, como método de integración.

2.4.1. Para la probanza jurídico – doctrinal

Para la probanza jurídica – doctrinal utilizaremos los siguientes métodos:

- ✓ **El método dogmático:** método que considera un conjunto de axiomas o principios para construir, a la luz de operaciones lógicas, nuestra comprensión del derecho, estudio lineal de las normas (expone, comenta). A través de éste método comentaremos y trataremos de sentar una posición sobre el tema de investigación.
- ✓ **El método exegético:** método de interpretación que estudia artículo por artículo de manera tal que solo puede ser utilizado para el estudio de las normas legales y no otras fuentes o partes del derecho. Mediante este método comentaremos las normas pertinentes aplicables al tema materia de investigación.
- ✓ **Método Analítico:** Su uso nos permitirá utilizar lo pertinente de la legislación, doctrina y jurisprudencia correspondiente al tema antes mencionado, regulado en nuestro país y hacer un análisis crítico de la misma.

- ✓ **Método Histórico:** Su uso nos permitirá indagar y conocer los antecedentes del precepto, a través de sus fuentes, lo cual nos permitirá conocer un poco más acerca del origen y el devenir histórico del tratamiento normativo y jurisprudencial de la prescripción adquisitiva de dominio e hipoteca, en el ámbito nacional como internacional.

- ✓ **Método Sistemático:** Este método será utilizado en la presente investigación para analizar de una manera conjunta las leyes que estén relacionadas a esta investigación.

- ✓ **Método Teleológico o Ratio Legis:** Este método será utilizado en la presente investigación para identificar el espíritu de la normatividad vinculada a la investigación.

2.4.2. Para la probanza jurídico – social

La presente investigación será no experimental, se va a desarrollar en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, analizando aquellas opiniones y argumentaciones que estén vinculadas al tema materia de la presente investigación.

CAPÍTULO III
PROBANZA DE LA
HIPÓTESIS,
RESULTADOS Y
DISCUSIÓN

3.1. PROBANZA JURIDICO DOCTRINAL.

Para realizar la probanza jurídico doctrinal se ha recopilado información de doctrinarios interesados y preocupados por el tema. La hipótesis planteada en la presente investigación fue: *“La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el acreedor hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada”*. Para lo cual con el objeto de comprobar la misma se dividió en variables las cuales serán desarrolladas y validadas a continuación:

V1: En el supuesto de que el Acreedor Hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada.

➤ **Notificación de la demanda al Acreedor Hipotecario:**

Sabemos que la demanda es el primer acto jurídico procesal que sirve como vehículo de la pretensión dirigida al órgano jurisdiccional, constituyendo el primer acto que inicia la relación procesal, asimismo la demanda constituye la materialización o expresión concreta del derecho de acción que permite la transformación de la pretensión material en procesal.

Este acto jurídico podemos definirlo como una declaración de voluntad a través de la cual un pretensor expresa su pedido de tutela jurídica al Estado y, a su vez,

manifiesta su exigencia al pretendido respecto de un interés sustentado en un derecho subjetivo, es decir, con relevancia jurídica.³³

El artículo 952° del código civil establece que *“Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.”* Asimismo, tenemos que la demanda de prescripción adquisitiva de dominio se plantea vía proceso abreviado, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 486° del Código Procesal Civil, concordante con el inciso 2° del artículo 504° del mismo cuerpo normativo.

La pretensión principal de la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, es la declaración judicial de propietario, por lo que se dirige contra el propietario registral del inmueble materia de usucapión, toda vez que de ser amparada la demanda, la usucapión desplegará su natural efecto extintivo de la propiedad del antiguo dueño; no obstante cuando el inmueble se encuentra afectado por cargas y/o gravámenes como la hipoteca, el usucapiente debe dirigir su demanda, además, contra el acreedor hipotecario y contra todo titular de derechos menores que pudieran recaer sobre el inmueble a usucapir, pues el efecto extintivo de la prescripción adquisitiva de dominio se extiende además de la propiedad a todos los demás derechos menores constituidos sobre el inmueble a usucapir, debido al carácter originario, y no derivativo, de la prescripción adquisitiva de dominio, pues el objeto de la prescripción adquisitiva de dominio, es que la cosa se adquiere fuera de todo obstáculo anterior, lo que en doctrina se denomina

³³ Monroy Gálvez Juan, “Introducción al proceso Civil”, Primera Edición, editorial Temis. Pág. 227

Usucapio Libertatis, esto es, la usucapión como medio para liberarse de los gravámenes y cargas, lo que evidentemente de ampararse la demanda afectarían los derechos del acreedor hipotecario. Sobre el particular, el artículo 155° del código procesal civil, establece que *“el acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales.”*

Es evidente pues, que, el acreedor hipotecario debe ser emplazado con la demanda, toda vez que, como titular de un derecho menor inscrito sobre el bien, tiene legitimidad para obrar pasiva, incorporándose a la relación jurídico procesal como litisconsorte necesario pasivo, conforme la definición que da el artículo 92° del código procesal civil, cuando señala: *“Hay litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra”*.

Ahora bien, el inciso 1° del artículo 505° del Código procesal civil, establece como requisito especial de la demanda de prescripción adquisitiva de dominio lo siguiente: ***“1. Se indicará en todo caso: (...); la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien (...)”***. Nótese que la norma no hace referencia, exclusivamente, a la persona o personas que tengan inscrito el derecho de propiedad sobre el bien, sino que, hace extensiva la obligación de incorporar al proceso a toda persona que sobre el bien pudiera tener *“derechos inscritos”*, como es el caso del acreedor hipotecario, o titulares de otros derechos menores distintos a la propiedad. Como vemos, la exigencia de incorporar al acreedor hipotecario, ya está dada por la propia norma y corresponde que los magistrados del poder judicial al momento de calificar la demanda, adviertan esta situación.

Ahora bien, en el supuesto de que el usucapiente no emplace al acreedor hipotecario o a otros titulares de derechos menores, ello no es óbice para que el juzgador los integre a la relación procesal, si al momento de calificar la demanda y revisando la partida registral del inmueble, advierte que existen cargas y gravámenes inscritos a favor de terceros, pues evidentemente la decisión que el juzgador adopte en la sentencia, puede afectar a los titulares de tales derechos menores. Al respecto el Artículo 95° del código Procesal Civil, señala: *“En caso de litisconsorcio necesario, el Juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar. Si carece de la información necesaria, devolverá la demanda y requerirá al demandante los datos para el emplazamiento al litisconsorte. Si el defecto se denuncia o el Juez lo advierte después de notificada la demanda, suspenderá la tramitación del proceso hasta que se establezca correctamente la relación procesal.”*

Consideramos que necesariamente se debe emplazar al acreedor hipotecario y a todos los titulares de otros derechos menores inscritos sobre el bien materia de usucapición, quienes deben apersonarse al proceso y ejercer su derecho de defensa, ahora bien, si se desconoce el domicilio en donde se debe notificar la demanda, lógicamente se deberá notificar por edictos; debemos precisar que tratándose de un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, el artículo 506° del código procesal civil, establece que aunque se conozcan el nombre y domicilio del demandado o demandados y, en su caso, de los colindantes, en el auto admisorio de la demanda el Juez dispondrá que el extracto de la misma se publique por tres veces, con intervalo de tres días, en la forma

prevista en los Artículos 167° y 168° del mismo cuerpo normativo, que regulan la notificación por edictos y la forma de los edictos.

En virtud a lo expuesto, se ha podido verificar que la exigencia de emplazar al acreedor hipotecario e incorporarlo al proceso de prescripción adquisitiva de dominio, ya está dada por la propia norma y corresponde que los magistrados del poder judicial al momento de calificar la demanda, adviertan esta situación, a efectos de que se garantice plenamente el derecho de contradicción del acreedor hipotecario.

➤ **Falta de oposición del acreedor hipotecario:**

Si, pese a estar válidamente notificado el acreedor hipotecario no se apersona al proceso, éste debe seguirse en su rebeldía hasta llegar a la sentencia la misma que de ser fundada y encontrándose firme, hará que la prescripción adquisitiva de dominio despliegue todos sus efectos y extinga no solo el derecho de propiedad del antiguo dueño, sino que además extinguirá el derecho del acreedor hipotecario; siendo que la sentencia fundada y firme constituirá título para la cancelación registral del asiento en donde conste la propiedad del antiguo dueño y del asiento en donde se halla inscrita la hipoteca y otros derechos menores. Ello resultaría una sanción al acreedor hipotecario negligente y hasta podría entenderse como una renuncia tácita.

➤ **Contradicción del acreedor hipotecario y su oposición a la extinción de la hipoteca y su cancelación registral.**

Estando válidamente notificado, el acreedor hipotecario debe apersonarse al proceso y ejercer su derecho de contradicción, oponiéndose a la extinción de la hipoteca

y su cancelación registral, a efectos de que se mantenga vigente su derecho y subsista a pesar de que se extinga el derecho del anterior propietario.

Primero, debemos tener presente que la hipoteca es un derecho real de garantía y una de sus características es de ser accesorio, toda vez que se constituye para garantizar una obligación ya sea del propietario del inmueble o de algún tercero no propietario.

El acreedor hipotecario puede oponerse a la cancelación de su derecho, fundamentando su pretensión en el “*ius persecuendi*” o derecho de persecución que la hipoteca le confiere por mandato expreso e imperativo de la ley. En efecto, el artículo 1097° del Código Civil señala: “*Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.*”; concordante con lo establecido en el artículo 1117° del mismo cuerpo normativo que señala: “*El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley.*” No obstante, debemos acotar que éste derecho de persecución no es absoluto, toda vez que conforme la propia norma señala se encuentra limitado por alguna disposición diferente de la ley.

Como hemos visto en el desarrollo de la presente investigación existen posturas doctrinarias que señalan que el “*ius persecuendi*” solo opera en las transmisiones de propiedad que son modos derivativos de adquirir la propiedad, en ese sentido afirman

que, al ser la prescripción adquisitiva de dominio un modo originario de adquirir la propiedad, de nada vale al acreedor hipotecario alegar que goza del derecho de persecución. De otro lado existen posturas que señalan todo lo contrario, pues afirman que el bien se ejecutará a pesar de estar en poder de un tercero, sin importar el modo de adquisición de la propiedad, pues el tercero adquiere la propiedad con conocimiento del gravamen y decide asumirlo, con todas las implicancias jurídicas que ello presupone.

Consideramos que estas posturas son muy restrictivas y al mismo tiempo antagónicas, no podemos hacer prevalecer el derecho del acreedor hipotecario en detrimento del poseedor usucapiente, ni viceversa, por ello proponemos una postura intermedia.

Los presupuestos para ésta postura son:

- ✓ El primer presupuesto, después de analizar el problema planteado, es considerar que la usucapición tiene efectos retroactivos, es decir que el usucapiente es propietario desde el momento mismo en que se empieza a computar el plazo prescriptorio.
- ✓ El segundo presupuesto, es que la hipoteca es un derecho accesorio, es decir que no puede existir si no existe una obligación garantizada; conforme al artículo 1097° del Código Civil que señala: “*Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.*”

- ✓ Finalmente, el tercer presupuesto es que la hipoteca solo será válida si es constituida por el propietario; conforme al inciso 1° del artículo 1099° del código Civil señala que son requisitos para la validez de la hipoteca: “ *Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.* ”

El juez deberá tener por formulada la contradicción y por apersonado al proceso al acreedor hipotecario, sin embargo deberá esperar hasta la sentencia para emitir un pronunciamiento, pues si se declara infundada la pretensión principal que es la declaración de propietario, la pretensión accesorio de cancelación de la hipoteca, seguirá la misma suerte de la pretensión principal y carecería de sentido pronunciarse sobre la contradicción. En tal sentido, para declarar fundada o infundada la contradicción del acreedor hipotecario, el juez deberá verificar el momento de constitución de la hipoteca y que además la obligación garantizada se encuentre vigente, teniendo en cuenta lo siguiente:

- ✓ En todos los casos debe existir una obligación garantizada vigente, ya que de no existir obligación alguna, la hipoteca se extingue de pleno derecho.
- ✓ Si la hipoteca se constituyó antes del inicio del plazo prescriptorio, la contradicción deberá ser declarada fundada y subsistir el derecho del acreedor hipotecario, toda vez que la hipoteca fue constituida por quien en ese momento era el legítimo propietario.
- ✓ Si la Hipoteca se constituyó durante o después del plazo prescriptorio, la contradicción deberá ser declarada infundada, toda vez que los efectos

retroactivos de la prescripción adquisitiva de dominio convierten al usucapiente en propietario desde el momento del inicio del plazo prescriptorio; en consecuencia la hipoteca fue constituida por quien ya no era propietario, infringiéndose uno de los requisitos de validez de la hipoteca, establecido en el inciso 1° del artículo 1099° del Código Civil.

Estando a lo antes expuesto se ha validado correctamente la variable V1, toda vez que se ha comprobado que el Acreedor Hipotecario necesariamente debe ser notificado con la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, a efectos de que se apersona al proceso y ejerza su derecho de contradicción, oponiéndose a la pretensión accesorio del usucapiente de que se extinga la hipoteca y se ordene su cancelación registral, pudiendo su oposición ser amparada o desestimada.

V2: La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.

➤ **Sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio.**

La palabra sentencia procede del latín sintiendo; por expresar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable.

Asimismo, se entiende por sentencia firme, cuando la misma es inmutable por haber adquirido la calidad de cosa juzgada, ya sea por haber sido consentida por las partes en forma expresa o tácitamente, dejando transcurrir los plazos sin presentar

impugnación; o, por haber quedado ejecutoriada, cuando se ha dado el fallo del último tribunal que puede entender la causa. Al respecto el artículo 123° del código procesal civil establece: “*Una resolución adquiere la calidad de cosa Juzgada cuando: 1.- No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos. 2.- Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.*”

Ahora bien, respecto a la naturaleza de la sentencia de prescripción adquisitiva de dominio, consideramos que es evidentemente declarativa, pues, la doctrina es unánime en considerar el carácter declarativo de las sentencias estimatorias que se dictan en el proceso de prescripción adquisitiva, así tenemos que para Gunther Gonzales la prescripción adquisitiva de dominio opera desde el momento en que se inicia la posesión y no desde que vence el plazo, resultando cierta la postura en el sentido de que la propiedad se adquiere con la posesión cualificada, sin necesidad de exigencia formal por parte de la autoridad o funcionario público.

Ramírez Cruz, precisa que el fallo que declara la usucapión no es constitutivo del derecho de propiedad, sino meramente declarativo, puesto que solamente se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho peticionado. Agrega quien adquiere un bien por usucapión con todas las formalidades legales y procesales, se halla protegido por la ley, es decir que no prosperará la reivindicación que contra él promueva el antiguo propietario³⁴.

³⁴ Ramírez Cruz, Eugenio. Tratado de los Derechos Reales. Editora Rodhas. Lima 2003. Tomo II. Pág. 250

También, Marianella Narváez opina que, *"la propiedad por prescripción se adquiere con la satisfacción de los supuestos señalados y que recogen los artículos 950 y 951 del CC, no siendo necesario para que se configure tal situación jurídica el reconocimiento de la jurisdicción, ésta opera, y genera sus efectos como tal, al margen de la declaración de esta (...)"*³⁵

La sentencia estimatoria obtenida en un proceso de prescripción adquisitiva es declarativa, debido que el juez tiene por función esencial ante esta pretensión la de verificar que el actor haya cumplido con todos los presupuestos exigidos por ley: cumplimiento del plazo, posesión pacífica, continua, pública y como propietario. El actor busca se le reconozca "judicialmente" como propietario del bien, pues su derecho a la propiedad lo obtuvo al cumplimiento del plazo fijado en la ley con los otros presupuestos señalados, lo único que le falta al actor es consolidar su derecho con una decisión judicial, meramente declarativa.

Es importante recordar que el artículo 952° del Código Civil, es expreso cuando señala que: *"Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario"*, es decir, quien ya adquirió de pleno derecho la condición de propietario de un bien por cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 950°, puede entablar juicio para que se le declare propietario no para que se le constituya en propietario, una interpretación en contrario sería atentar contra el texto claro y expreso de la ley, no se puede afirmar que la sentencia de prescripción adquisitiva hace nacer el derecho de propiedad a favor del actor, este derecho ya lo obtuvo antes de iniciar el proceso.

³⁵ Ledesma Narváez, Marianella. 2007. ¿Se requiere del reconocimiento judicial para que opere la prescripción adquisitiva? Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., N° 1 OO. Lima

El artículo 950° antes referido, al utilizar el término “*puede*”, es evidente que el acudir al órgano jurisdiccional no es imperativo, sino que es potestativo del adquirente decidir ello; sobre este punto es importante hacer notar que la vía jurisdiccional, no es la única vía que tiene el usucapiente para que se declare su derecho de propiedad, pues también puede acudir a la vía notarial para que el notario de acuerdo a sus atribuciones le declare propietario; asimismo puede acudir vía administrativa ante un ente edil, para que mediante un acto administrativo se reconozca y declare su derecho de propiedad.

Asimismo, luego de revisar la doctrina y jurisprudencia podemos afirmar que la sentencia de prescripción adquisitiva de dominio además ser declarativa, tiene efectos retroactivos. Al respecto RAMIREZ CRUZ, señala que el fundamento de este efecto retroactivo, es que, tiende a consolidar los actos que, como titular (sin aun ser reconocido) de tal derecho, realizó aquel durante el transcurso de la usucapión y si los efectos de su adquisición solo se dieran a partir de que se produce la declaración, aquellos actos serían atacables en cuanto se presumiría que fueron realizados por quien no tenía derecho para realizarlos.

Sobre el efecto retroactivo de la usucapión, la Corte Suprema de la república, en la Casación N° 750-2008 Cajamarca, señaló lo siguiente:

“NOVENO.- Ahora bien, establecido que la usucapión opera de pleno derecho, es decir, que el efecto de la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien en virtud a una posesión cualificada y por el término legal opera por la satisfacción y comprobación de tales requisitos corresponde ahora determinar cuáles son sus efectos en el tiempo, esto es, si se es propietario recién a partir del cumplimiento de los diez años o cinco años de posesión, junto con los demás requisitos, o se retrotrae al momento en que se inició la posesión; al respecto esta Sala de Casación se inclina por la posición de estimar que una vez

configurada la usucapión, esto es, cumplidos todos los requisitos establecidos en el artículo 950 del Código Civil, ésta nos coloca en la situación de considerar la existencia de una ficción legal en virtud de la cual los efectos de la usucapión deben retrotraerse al momento en que se inició la posesión, dado que es en base a la realidad de dicha posesión durante un lapso de diez años o ya de cinco años que se adquirió el derecho de propiedad.”*

Así también, el Tribunal Registral, pronunciándose en el mismo sentido sobre el efecto retroactivo de la usucapión, en la RESOLUCIÓN N° 009-97-0RLC/TR, señaló lo siguiente:

*“Que, de acuerdo a lo expresado por Manuel Albaladejo (Derecho Civil, 3ra. Edición. Tomo III, Vol 1, citado por Jorge Avendaño en Derechos Reales - PUCP), si bien la adquisición se produce al cumplirse el plazo que, en cada caso, la Ley marca, sin embargo, **tiene efectos retroactivos que alcanzan hasta el momento en que empezó a usucapirse**. Es decir, el usucapiente se convierte en titular del derecho al final del plazo, pero éste le es reconocido como si le correspondiese desde el principio. Efecto retroactivo que viene exigido por el propio papel que la usucapión desempeña, ya que consolida los actos que como titular (sin serlo) del derecho, realizó el usucapiente durante el transcurso de la posesión, y sin tal efecto de la adquisición, aquellos actos serían atacables en cuanto realizados por quien no tenía derecho a verificarlos.”*

Por tanto, luego del análisis doctrinario y jurisprudencial se ha podido verificar que la sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional en el proceso de prescripción adquisitiva de dominio, es meramente de carácter declarativo, puesto que solamente se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho petitionado y asimismo tiene efectos retroactivos, pues se considera propietario al usucapiente desde el inicio del plazo prescriptorio.

➤ **Causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.**

Para GONZALES BARRÓN, la doctrina debate desde hace buen tiempo, si la usucapición conlleva la extinción, o no, de los derechos reales menores o las cargas que gravasen el bien. Algunos doctrinarios, responden afirmativamente, sustentándose en el carácter originario, y no derivativo, de la prescripción adquisitiva de dominio, hecho que daría lugar a la extinción de todos los derechos menores, pues el objeto de la prescripción de dominio es que la cosa se adquiere fuera de todo obstáculo anterior. Ésta sería la solución lógica por la naturaleza originaria de la usucapición, pues con ello se rompe la historia previa de dominio, por lo que no parece razonable la subsistencia de las cargas referentes a un dominio, que precisamente se cancela y extingue.

Este efecto de extinción de cargas y gravámenes que produce la prescripción Adquisitiva de dominio, es lo que en doctrina se denomina *Usucapio Libertatis*, esto es, la usucapición como medio para liberarse de los gravámenes; sin embargo dicho efecto en el código civil peruano se encuentra limitado, pues el artículo 952° del C.C. señala que “*La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.*”, pero

expresamente no dice nada de que se deban cancelar las inscripciones de los titulares de los derechos reales menores, en este caso del acreedor hipotecario; por tanto es evidente que existe un vacío en la ley, pues expresamente no se regula la extinción de cargas y gravámenes con ocasión de la usucapión.

No obstante, si bien en nuestro código civil no se ha regulado el efecto extintivo de la usucapión sobre cargas y gravámenes³⁶, lo cierto es que tampoco se ha prohibido expresamente dicho efecto. En tal sentido, consideramos que ésta falta de regulación normativa, no impide a los jueces emitir pronunciamiento cuando en las demandas de prescripción adquisitiva de dominio, accesoriamente se peticione la extinción y cancelación de todas las cargas y gravámenes que afectan el inmueble materia de usucapión.

Al respecto, es importante acotar que conforme al artículo VIII del título preliminar del código civil, se ha establecido la obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley, señalando: *“Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspirar el derecho peruano.”*. Constituyendo además, ésta exigencia, un principio constitucional de la función jurisdiccional, reconocido en el inciso 8° del artículo 139° de la constitución política del Perú, en donde se considera: *“El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”*.

³⁶ Marianella Ledesma Narváez sostiene que *“La diferencia entre ellas radica en que los gravámenes dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse pueda conllevar a la venta del bien afectado, como sería el caso de la hipoteca; en cambio, con las cargas, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta del bien, como sería el caso de las servidumbres, que se constituyen como limitación a la propiedad predial.*

Ante este vacío normativo, GONZALES BARRÓN, siguiendo a autorizada doctrina Italiana señala que existe una segunda postura doctrinaria a favor del efecto de extinción de cargas y gravámenes; ésta segunda postura señala que a falta de un expreso dato normativo, se hace necesario referirse al “*principio de extinción de los derechos por incompatibilidad*”, principio por el cual, las situaciones jurídicas se extinguen cuando sobrevienen circunstancias de hecho o de derecho con ellas incompatibles. En buena cuenta, quien posee en forma plena un bien ganará por usucapión el derecho de propiedad sin ninguna vinculación con los gravámenes anteriores derivados del derecho de propiedad del anterior propietario, extinguiéndose los derechos incompatibles con el derecho del nuevo propietario.

Por otro lado, en vía administrativa si se prevé el efecto extintivo de la usucapión sobre cargas y gravámenes, lo que en doctrina se denomina *Usucapio Libertatis*. El primer antecedente fue el Decreto Supremo 05-2005-JUS-Reglamento de la Ley N° 28391- Ley de Formalización de la Propiedad Informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares, regulaba en su artículo 77.6° y 92° la declaración de la prescripción adquisitiva de la propiedad en vía administrativa, y que a diferencia de la vía judicial, aquella abre la posibilidad de desafectar el bien adquirido por prescripción de toda carga y gravamen;³⁷. Este Decreto Supremo fue derogado por el Decreto Supremo N° 006-2006-Vivienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 28687, sin embargo entre sus

³⁷ Artículo 77.6 y 92 del Decreto Supremo 05- 2005 –JUS que es el Reglamento de La Ley N° 28391- Ley de Formalización de la Propiedad Informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares, señala: Con ocasión de la declaración de prescripción adquisitiva administrativa por parte de la autoridad municipal se ordenará entre otras cosas la cancelación de de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular del gravamen haya sido notificado y que no se hubiere opuesto a la cancelación del mismo

14, condicionado entonces a que se hubiera notificado al acreedor hipotecario y que este no se hubiera opuesto.

disposiciones se sigue contemplando el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio a cargo de las municipalidades; asimismo, regula la posibilidad de la cancelación de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular del gravamen haya sido notificado y no se hubiera opuesto a la cancelación del mismo; como vemos, en la declaración de prescripción en la vía administrativa, existe un precedente legal de regulación de este efecto sobre los gravámenes y cargas que recaen sobre el bien.

“Art. 74.- Cumplidos los requisitos que establecen la ley y el presente reglamento, y siempre que la oposición no sea amparada, se procederá a emitir la resolución respectiva, declarando fundada o fundada en parte la pretensión de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio (...) disponiéndose la inscripción de los siguientes actos: (...) 74.3 La cancelación de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular de la carga o gravamen haya sido notificado y no se hubiere opuesto a la cancelación del mismo (...)”.

Al respecto, el Tribunal Registral reconoció el efecto extintivo de la prescripción adquisitiva de dominio, en la Resolución N° 180-2006-SUNARP-TR, estableciendo lo siguiente: *“ La resolución del ente edil que dispone la cancelación de cargas y gravámenes de un predio usucapido dentro del marco del Decreto Supremo N° 005-2005-JUS, tiene eficacia en el Registro para levantar dichas medidas sin necesidad de recurrir al Poder Judicial.”*

Ahora bien, si la ley faculta a un ente edil para que mediante un acto administrativo, declare la prescripción adquisitiva de dominio y se levante todas las cargas y gravámenes, consideramos que con mayor razón el Poder Judicial, que es un poder del estado, con ocasión de la usucapión, puede ordenar la extinción de la hipoteca y su cancelación registral. Estando a lo antes expuesto se ha validado correctamente la variable V2, toda vez que se ha comprobado que la sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituye causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.

3.2 PROBANZA DE LA HIPOTESIS / CONTRASTACIÓN DE VARIABLE V1 CON LA VARIABLE V2

Luego de haber realizado la probanza jurídico doctrinal de la variable V1 y de la variable V2, pasaremos a contrastarlas a fin de verificar que la hipótesis planteada por el tesista ha podido ser probada en su totalidad. Estando a lo señalado, es necesario recodar la hipótesis planteada, a fin de determinar si la probanza ha sido negativa o positiva, la hipótesis ha sido planteada de la siguiente manera: *“La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el acreedor hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada”*.

Al respecto, tal y como lo hemos establecido en la probanza jurídico- doctrinal de la variable V1, se ha comprobado que la exigencia de emplazar al acreedor hipotecario e incorporarlo al proceso de prescripción adquisitiva de dominio, está dada por la propia norma procesal y corresponde a los magistrados del poder judicial advertir esta situación al momento de calificar la demanda, a efectos de que se garantice

plenamente el derecho de contradicción del acreedor hipotecario, debiendo necesariamente ser notificado con la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, para que se apersona al proceso y ejerza su derecho de contradicción, oponiéndose a la pretensión accesoria del usucapiente de que se extinga la hipoteca y se ordene su cancelación registral, pudiendo su oposición ser amparada de existir una obligación garantizada vigente y si la hipoteca se constituyó antes del inicio del plazo prescriptorio; o por el contrario, ser desestimada si no existe obligación garantizada, o existiendo, la hipoteca se constituyó durante o después de cumplido el plazo prescriptorio.

Asimismo, conforme lo establecido en la probanza jurídico- doctrinal de la variable V2, se ha comprobado que la sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional en el proceso de prescripción adquisitiva de dominio, es meramente de carácter declarativo, puesto que se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho petitionado; y que además tiene efectos retroactivos, pues se considera propietario al usucapiente desde el inicio del plazo prescriptorio, siendo que constituye causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral, debido al efecto de extinción de cargas y gravámenes que produce la prescripción adquisitiva de dominio, denominado en doctrina como “*Usucapio Libertatis*”.

Finalmente, habiendo realizado la contrastación jurídico doctrinal de la variable V1 con la variable V2, se ha logrado probar la hipótesis formulada por el tesista, llegando a la conclusión de que “*La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituye causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el acreedor hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada*”.

IV. CONCLUSIONES

Luego de realizar la presente investigación hemos arribado a las siguientes conclusiones:

- 1) La usucapión es un modo originario de adquirir el derecho de propiedad, la adquisición se produce sin que exista transmisión por parte del anterior titular; como consecuencia de ejercer una posesión continua, pública, pacífica y como propietario, por el tiempo fijado en la ley. Respecto al requisito de posesión pacífica, está referida a la falta de violencia en el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa; por tanto la interposición de un proceso judicial como desalojo, reivindicación o cualquier otra acción de tutela de propiedad, durante el tiempo prescriptorio, no elimina la posesión pacífica, ya que la falta de controversia judicial no es requerido por la norma, lo que logran estas acciones judiciales es interrumpir la usucapión, pero no eliminan la posesión pacífica.
- 2) La hipoteca válidamente constituida, otorga al acreedor hipotecario los derechos de persecución, preferencia y venta extrajudicial del bien hipotecado, no obstante estos derechos, no son absolutos, pues encuentran su limitación en alguna disposición diferente de la ley incompatible con ellos, por tanto no en todos los casos se podrá ejecutar un inmueble que esté en poder de un tercero adquirente. En efecto el artículo 1117° del código civil señala: *“El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley.”*

- 3) El efecto de extinción de cargas y gravámenes que produce la prescripción adquisitiva de dominio, llamado en doctrina como “*Usucapio Libertatis*”, no ha sido reconocido expresamente en el código civil peruano; sin embargo, éste efecto no está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, pues en vía administrativa está previsto en el Decreto Supremo N° 006-2006-Vivienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 28687, Ley de Formalización de la Propiedad Informal, en el que se contempla el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio a cargo de las municipalidades y en su artículo 74° se ha dispuesto la cancelación de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular del gravamen haya sido notificado y no se hubiera opuesto a la cancelación del mismo; efecto extintivo que ha sido reconocido por el propio tribunal registral.
- 4) Se ha comprobado que la exigencia de emplazar al acreedor hipotecario e incorporarlo al proceso de prescripción adquisitiva de dominio, está dada por la propia norma procesal y corresponde a los magistrados del poder judicial advertir esta situación al momento de calificar la demanda, a efectos de que se garantice plenamente el derecho de contradicción del acreedor hipotecario, debiendo necesariamente ser notificado con la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, para que se apersona al proceso y ejerza su derecho de contradicción, oponiéndose a la pretensión accesorio del usucapiente de que se extinga la hipoteca y se ordene su cancelación registral.

- 5) Luego del análisis doctrinario y jurisprudencial se ha podido verificar que la sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional en el proceso de prescripción adquisitiva de dominio, es meramente de carácter declarativo, puesto que solamente se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho petitionado y asimismo tiene efectos retroactivos, pues se considera propietario al poseedor desde el inicio del plazo prescriptorio, convalidándose todos los actos que éste haya realizado en calidad de propietario.
- 6) Considerando la accesoriedad de la hipoteca y la retroactividad de la usucapión, la oposición del acreedor hipotecario, será amparada de existir una obligación garantizada vigente y si la hipoteca se constituyó antes del inicio del plazo prescriptorio; o por el contrario, será desestimada si no existe obligación garantizada vigente, o existiendo, la hipoteca se constituyó durante o después de cumplido el plazo prescriptorio, toda vez que los efectos retroactivos de la prescripción adquisitiva de dominio convierten al usucapiente en propietario desde el momento del inicio del plazo prescriptorio; en consecuencia la hipoteca fue constituida por quien ya no era propietario, infringiéndose uno de los requisitos de validez de la hipoteca, establecido en el inciso 1° del artículo 1099° del Código Civil.

V. RECOMENDACIONES

- 1) Exhortar a los magistrados del poder judicial a nivel nacional para que unificando criterios reconozcan el carácter originario y no derivativo de la usucapión; asimismo acorde con lo establecido en el segundo pleno casatorio civil, interpreten correctamente el requisito de posesión pacífica, entendida ésta como la falta de violencia en el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa y no como falta de controversia judicial, pues lo que logran estas acciones judiciales es interrumpir la usucapión, pero no eliminan la posesión pacífica.
- 2) Exhortar a los magistrados del poder judicial a nivel nacional para al momento de calificar la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, verifiquen el cumplimiento de la exigencia legal contenida en el inciso 1° del artículo 505 del CPC, de indicar a las personas que tengan derechos inscritos sobre el inmueble, especialmente del acreedor hipotecario, a efectos de se garantice plenamente su derecho de contradicción, debiendo necesariamente ser notificado con la demanda.
- 3) Recomendar al congreso de la república para que se modifique el Art. 1122 del código civil, debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

Art. 1122.- Causales de extinción

1. Extinción de la obligación que garantiza.
2. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.

3. Renuncia escrita del acreedor.
4. Destrucción total del inmueble.
5. Consolidación.
6. *Otras causales previstas en la ley.*

- 4) Recomendar al congreso de la república para que se modifique el Art. 952 del código civil, debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

Art. 952.- Declaración judicial de la usucapión.

“Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño; asimismo *la cancelación de cualquier derecho, carga, gravamen u otra circunstancia u obstáculo registral que afecte el dominio del nuevo propietario, siempre que el titular de la carga o gravamen haya sido notificado y no se hubiere opuesto a la cancelación, o ésta hubiese sido declarada infundada*”.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ❖ ARIANO DEHO, Eugenia. El Proceso de Ejecución. Lima: Editorial Rodhas, 1998.
- ❖ ARIAS SCHREIBER PEZET. Max. Exegesis Código Civil Peruano 1984, Tomo II. Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica, 2006.
- ❖ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge y otros. Código Civil Comentado, Tomo V. Lima- Perú: Editorial Gaceta Jurídica, 2003.
- ❖ BARRETO MUGA, Augusto. Manual de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil- Teórico Práctico. Lima: Editorial FECAT, 1996.
- ❖ BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. 2ª Ed, Lima: Editorial RODHAS; 1997. p.314.
- ❖ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993- Análisis comparado, 5ª Ed., Lima: Editora RAO SRL; 1999, p.1085.
- ❖ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Los Derechos Reales, Tomo I, 4º Ed., Lima- Perú: Talleres Gráficos, 1973.
- ❖ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual.
- ❖ CIEZA MORA, Jairo y otros. El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución. Lima- Perú: Gaceta Jurídica, 2009.
- ❖ CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Derechos Reales, Tomo I, Lima- Perú: Editora FECAT E.I.R.L; 1995.
- ❖ CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Derechos Reales, Tomo II, Lima: Cultural Cuzco; 1995.
- ❖ CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Derechos Reales de Garantía, Tomo IV, Lima-Perú: Editora FECAT E.I.R.L, 1996.

- ❖ DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Instituciones del Derecho Hipotecario. 2º Ed. Barcelona: BOSCH-Casa Editorial-Urgel, 1956, P. 368.
- ❖ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. La Usucapión-Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio, 2º Ed. Lima- Perú: Editorial Ediciones Legales, 2011.
- ❖ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. Derecho Registral & Notarial, 2º Ed. Lima- Perú: Editorial Ediciones Legales, 2007.
- ❖ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán, Código Civil y Reforma- Libro V: Derechos Reales y IX: Registro Públicos, Lima-Perú: Jurista Editores, 2011.
- ❖ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán, Nociones Especiales sobre la Usucapión o Prescripción Adquisitiva, Revista N° 211, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- ❖ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán. Derechos Reales. Lima: Jurista Editores, 2005.
- ❖ RAMIREZ CRUZ, Eugenio. Tratado de Derecho Reales, Tomo II, Lima – Perú: Editorial RODHAS, 2004. p. 536.
- ❖ RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito. Manual de Derecho Procesal Civil, 6º Ed., Lima: Editorial Jurista Editores, 2005, p.483.
- ❖ RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. Análisis del conflicto entre derechos de distinto contenido que recaen sobre un mismo bien inmueble inscrito, Revista N° 190, LIMA: GACETA JURÍDICA, 2009, P. 231.
- ❖ SALGADO PADILLA, Amadeo Felipe. Manual de Derecho Registral, Lima: Editorial Imprenta Cadillo S.R.L; 2011, p.248.

- ❖ SCHREIBER PEZET, Max Arias & CARLOS CARDENAS, Carlos. Exégesis Del Código Civil Peruano de 1984, Tomo V, Derechos Reales, 3° Ed., Lima-Perú: Ediciones Gaceta Jurídica, 2001.
- ❖ VASQUEZ RIOS, Alberto. Los Derechos Reales: Los bienes y la posesión, Lima: Editorial San Marcos, 1996, p. 254.
- ❖ VICUÑA MIÑANO, Liz Haydé. Prescripción Adquisitiva de Dominio y Garantía Hipotecaria, Lima- Perú: Revista Derecho y Cambio Social- Número 30- Año IX- 2012.

ANEXOS

ANEXO 01

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES							
AÑO	2017						
ACTIVIDADES	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre
Análisis Previo de la bibliografía	X						
Elaboración del tema	X						
Planteamiento del problema.	X						
Ejecución del proyecto		X					
Inscripción del proyecto		X					
Aprobación del proyecto		X					
Modificaciones		X					
Sustentación del proyecto.			X				
Ejecución de la versión final de la tesis.				X			
Corrección e Impresión de la Tesis					X		
Presentación de						X	

la versión final de la tesis.							
Sustentación						X	

ANEXO 02

PRESUPUESTO

RUBRO	CONCEPTO	COSTO
BIENES	USB	S/. 30.00
	LIBROS	S/. 400.00
SERVICIOS Y TASAS	MOVILIDAD (Mayo-Noviembre)	S/. 500.00
	SOLICITUDES Y OTROS	S/. 160.00
	COPIAS	S/. 180.00
	IMPRESIONES	S/. 200.00
	SERVICIO DE EMPASTADO	S/. 180.00
REMUNERACIONES	ASESOR	S/. 3,800.00
	TOTAL	S/. 5,450.00

ANEXO 03		MATRIZ DE CONSISTENCIA				
“TITULO”						
LA SENTENCIA FIRME QUE DECLARA LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO CONSTITUIRÍA CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA Y TÍTULO PARA SU CANCELACIÓN REGISTRAL; EN EL SUPUESTO DE QUE EL ACREEDOR HIPOTECARIO SEA NOTIFICADO CON LA DEMANDA Y NO DEDUZCA OPOSICIÓN O ÉSTA HAYA SIDO DECLARADA INFUNDADA.						
Formulación del Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Conceptualización de Variables	Indicadores	Fuentes
¿La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio puede constituir causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el Acreedor	<u>GENERALES</u> Determinar si la sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio puede constituir causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.	La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral; en el supuesto de que el acreedor hipotecario sea	V1: En el supuesto de que el Acreedor Hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada.	V1 ¹ . Acreedor hipotecario.	V1 ^{1.1} .- Acreedor Hipotecario ve respaldado su crédito a través de la hipoteca.	-Constitución política del Perú de 1993. -Código Civil Peruano de 1984. -Doctrina. -Derecho comparado.
				V1 ² . Notificación de la demanda.	V1 ^{2.1} .- La notificación de la demanda es el más importante acto procesal.	-Constitución política del Perú de 1993. -Código Civil Peruano de 1984. -Doctrina. -Derecho comparado.

<p>hipotecario sea notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada Infundada?</p>	<p><u>ESPECIFICOS</u></p> <p>-Determinar la naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio, sus características y efectos.</p> <p>-Determinar los alcances de los derechos que la hipoteca confiere al acreedor hipotecario y su oponibilidad frente al derecho de propiedad de terceros.</p> <p>-Establecer si es posible la ejecución</p>	<p>notificado con la demanda y no deduzca oposición o ésta haya sido declarada infundada.</p>		V1 ³ . Oposición.	V1 ^{3i1.-} La oposición es la declaración de voluntad por la cual se manifiesta disconformidad con la pretensión del actor.	<p>-Constitución política del Perú de 1993.</p> <p>-Código Procesal Civil.</p> <p>-Doctrina.</p>
			<p>V2: La sentencia firme que declara la prescripción adquisitiva de dominio constituiría causal de extinción de la hipoteca y título para su cancelación registral.</p>	V2 ¹ . Sentencia Firme.	V2 ^{1i1.-} Cosa juzgada.	<p>-Constitución política del Perú de 1993.</p> <p>-Código procesal civil Peruano de 1984.</p> <p>-Doctrina.</p>
				V2 ² . Prescripción Adquisitiva de Dominio.	V2 ^{2i1.-} Modo originario de adquirir la propiedad.	<p>-Constitución política del Perú de 1993.</p> <p>-Código Civil Peruano de 1984.</p> <p>-Código Procesal Civil.</p> <p>-Doctrina.</p> <p>-Derecho comparado.</p>

	<p>de un inmueble hipotecado que ha sido adquirido vía usucapión.</p> <p>-Examinar el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del tema de investigación en el derecho comparado.</p>			<p>V2³ Hipoteca.</p>	<p>V2³ i¹:.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía de un crédito.</p>	<p>Constitución política del Perú de 1993.</p> <p>-Código Civil Peruano de 1984.</p> <p>-Código Procesal Civil.</p> <p>-Doctrina.</p> <p>-Derecho comparado</p>
				<p>v2⁴.- Cancelación Registral.</p>	<p>V2⁴ i¹: Por la cancelación registral, se deja sin efecto un asiento registral.</p>	<p>-Código procesal civil peruano de 1984.</p> <p>-Reglamento de Registros públicos.</p> <p>-Doctrina.</p>

APENDICE

APENDICE 01

Cas. N° 750-2008 CAJAMARCA su fecha 11 de Enero de 2010, proceso seguido por Lucio Vasquez Contra La Municipalidad De Cajamarca, sobre prescripción adquisitiva de dominio.

APENDICE 02

Cas.1362-2007- Apurímac su fecha 30 de Octubre de 2007, proceso seguido por Sergio Augusto Ripa Mendoza contra la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, sobre reivindicación.

APENDICE 03

Decreto Supremo N° 006-2006-Vivienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 28687, Ley de Formalización de la Propiedad Informal de terrenos ocupados por posesiones informales, centros urbanos informales y urbanizaciones populares.

APENDICE 05

Resolución del Tribunal Registral N° 180-2006-SUNARP-TR, que reconoce el efecto extintivo de la usucapión sobre cargas y gravámenes.